

A-993-90

A-222-91

A-993-90

A-222-91

Joseph Orelieen and Marie Aurelien (Applicants)**Joseph Orelieen et Marie Aurelien (requérants)**

v.

a c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: ORELIEEN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)****b RÉPERTORIÉ: ORELIEEN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Stone J.J.A.—Winnipeg, November 6 and 7; Ottawa, November 22, 1991.

c Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Stone, J.C.A.—Winnipeg, 6 et 7 novembre; Ottawa, 22 novembre 1991.

Immigration — Refugee status — Applicants found by adjudicator and Refugee Division member to have no credible basis for Convention refugee claims — Departure notices issued, not complied with — Deportation orders made after second inquiry — Applicants' arguments based on Charter, Bill of Rights, international law and merits of case — Scheme of Immigration Act, ss. 46(2), 46.01 analysed — Burden of proof as to credible basis on claimant — First and second level hearings distinguished — Charter, s. 7, Bill of Rights, s. 2(e) not offended by Immigration Act, s. 46(2) — Failure of tribunal to refer to matters required to consider by s. 46.01(6).

d Immigration — Statut de réfugié — Un arbitre et un membre de la section du statut ont conclu que les revendications du statut de réfugiés au sens de la Convention des requérants n'avaient pas un minimum de fondement — Les requérants ne se sont pas conformés aux avis d'interdiction de séjour — Des mesures d'expulsion ont été prises après la seconde enquête — Les moyens des requérants se fondent sur la Charte, la Déclaration des droits, le droit international et le bien-fondé de l'affaire — Étude de l'économie des art. 46(2) et 46.01 de la Loi sur l'immigration — Le demandeur a l'obligation de prouver le minimum de fondement de sa revendication — Distinction faite entre les premier et second paliers d'audience — L'art. 46(2) de la Loi sur l'immigration n'est pas incompatible avec l'art. 7 de la Charte et ni avec l'art. 2e) de la Déclaration des droits — Le tribunal n'a pas mentionné les questions que l'art. 46.01(6) lui impose de considérer.

The applicants, both Haitians, were subject to departure notices after they had been found by an adjudicator and Refugee Division member to have no credible basis for their claims to be Convention refugees. Having disobeyed the departure notices, another inquiry was held and they were found ineligible to have new Convention refugee claims dealt with; deportation orders were made. These decisions and orders gave rise to applications under the *Federal Court Act*, section 28 to review the no credible evidence finding and to set aside the deportation orders. Whether the deportation orders were lawful depends on the legality of the departure notices which, in turn, depends on the legality of the initial determination that there was no credible evidence upon which the Refugee Division could find them to be Convention refugees. The applicants' arguments were based on: 1) the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights* 2) international law and 3) the merits of the case.

e Les requérants, tous deux Haïtiens, ont fait l'objet d'avis d'interdiction de séjour après qu'un arbitre et un membre de la section du statut de réfugié aient conclu que leurs revendications du statut de réfugiés au sens de la Convention n'avaient pas un minimum de fondement. Comme les requérants ne se sont pas conformés aux avis d'interdiction de séjour, une autre enquête a été tenue au terme de laquelle on a conclu qu'ils n'étaient pas admissibles à présenter de nouvelles revendications du statut de réfugié au sens de la Convention, et des mesures d'expulsion ont été prises. Ces décisions et ordonnances ont fait l'objet de demandes fondées sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant à obtenir la révision de la décision concluant au manque d'un minimum de fondement des revendications et l'annulation des mesures d'expulsion. La légalité des mesures d'expulsion dépend de la légalité des avis d'interdiction de séjour, laquelle dépend à son tour de la légalité de la décision initiale concluant à l'absence d'éléments crédibles sur lesquels la section du statut pouvait se fonder pour reconnaître aux requérants le statut de réfugiés au sens de la Convention. Les moyens des requérants se fondaient sur 1) la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits* 2) le droit international et 3) le bien-fondé de l'affaire.

Held, the applications should be allowed.

Arrêt: les demandes devraient être accueillies.

1) Either paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* or section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is engaged when a person claims to be a Convention refugee. The applicants argued that these provisions were infringed on five different grounds: i) the participation of an adjudicator, ii) the adversarial role of the case presenting officer, iii) the burden of proof, iv) the denial of credible basis and v) the adequacy of judicial review.

i) It was argued that adjudicators, being immigration judges, tend to view refugee claimants as a threat to the integrity of the scheme of the *Immigration Act*. The preliminary determination by an adjudicator that, but for the claim to be a Convention refugee, a person would not be entitled to enter or remain in Canada does not prejudice the validity of the refugee claim. Institutional partiality on the part of the adjudicator is not inherent in the scheme of the Act. There was no evidence to support the allegation of institutional bias. The recognition of the right of genuine Convention refugees to remain in Canada is as much part and parcel of the scheme of the Act as anything else adjudicators may be called upon to decide. ii) Paragraph 200 of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, which says that the examiner must gain the confidence of the applicant, does not contemplate an adversarial screening process. It is the claimant's counsel not the case presenting officer who, in the scheme of the Act, is called upon to gain the claimant's confidence and assist in putting the case forward. There is nothing inherently offensive to fundamental justice in an adversarial proceeding. The adversarial role of the case presenting officer at the credible basis hearing does not impair any right accorded a refugee claimant by section 7 of the Charter or paragraph 2(e) of the Bill of Rights. iii) According to the Act, subsection 46(2), the claimant must prove that his claim is eligible for determination by the Refugee Division and has a credible basis. The applicants submitted that such requirement is a denial of fundamental justice. However, they failed to make a distinction between first and second level hearings. At the second level hearing, where the issue is whether or not the claimant is, in fact, a Convention refugee, there is a weighing of evidence by the Refugee Division and room for the benefit of the doubt. But all the first level panel is entitled to do is determine whether there is any credible evidence upon which the Refugee Division, at the second level, might determine the claimant to be a Convention Refugee. There is no weighing of conflicting evidence at that stage and no room for benefit of the doubt. Neither the Charter nor Bill of Rights are offended by subsection 46(2) of the Act. iv) The argument that because a no credible basis determination denies the claimant the right to remain in Canada pending judicial review, this amounts to a denial of the right to a fair hearing in accordance with the principles of natural justice is not really an attack on the power of the first level tribunal to find no credible basis; it is an attack on the potential consequences of such a finding. The adjudicator correctly decided that he had no authority to direct that the applicants be allowed to remain in Canada pending judicial review. Whether execution of a deportation order ought to be stayed for that purpose is a question for the Court. There is no merit in the argument that the

1) La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention fait entrer en jeu l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ou l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les requérants affirment que ces dispositions ont été violées à cinq égards différents par ce qui suit: i) la participation d'un arbitre, ii) le rôle d'adversaire de l'agent chargé de présenter le cas, iii) le fardeau de la preuve, iv) la faculté de nier le minimum de fondement de la revendication et v) le caractère suffisant du contrôle judiciaire.

i) On a fait valoir que l'arbitre, étant un juge de l'immigration, a tendance à considérer les demandeurs comme une menace à l'intégrité de l'économie de la *Loi sur l'immigration*. La conclusion préliminaire de l'arbitre que, ne serait-ce de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, une personne n'aurait pas le droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer ne préjuge nullement de la validité de la revendication du statut de réfugié. La partialité institutionnelle de l'arbitre n'est pas inhérente à l'économie de la Loi. Aucune preuve ne donne créance à l'existence de la partialité institutionnelle. La reconnaissance du droit des authentiques réfugiés au sens de la Convention de demeurer au Canada fait tout autant partie de l'économie de la Loi que toute autre chose sur laquelle les arbitres peuvent avoir à se prononcer. ii) Le paragraphe 200 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, qui dit que l'examineur doit mettre le demandeur en confiance, n'envisage pas un processus de sélection de type accusatoire. C'est l'avocat du demandeur et non l'agent chargé de présenter le cas qui, selon l'économie de la Loi, doit mettre le demandeur en confiance et l'aider à exposer son cas. La procédure de type accusatoire ne comporte rien d'essentiellement contraire à la justice fondamentale. Le rôle d'adversaire de l'agent chargé de présenter le cas au premier palier d'audience ne nuit à aucun droit accordé au demandeur de statut par l'article 7 de la Charte ou l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*; iii) Selon le paragraphe 46(2) de la Loi, le demandeur de statut doit prouver que sa revendication est recevable par la section du statut de réfugié et qu'elle a un minimum de fondement. Les requérants affirment que cette obligation constitue un déni de justice fondamentale. Ils ne font toutefois aucune distinction entre le premier et le second paliers d'audience. À ce dernier palier, où il s'agit de décider si le demandeur est réellement un réfugié au sens de la Convention, la section du statut soupèse les éléments de preuve, et il y a place au bénéfice du doute. Tout ce qu'a à faire le premier palier, c'est de déterminer s'il existe des éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut, au second palier, peut se fonder pour reconnaître au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention. Il ne s'agit pas à ce stade de soupeser des éléments de preuve contradictoires et il n'y a pas place au bénéfice du doute. Il n'existe aucune incompatibilité entre le paragraphe 46(2) de la Loi et la Charte ou la Déclaration des droits. iv) Les requérants font valoir que puisque la conclusion selon laquelle la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'a pas un minimum de fondement prive le demandeur de statut de son droit de demeurer au Canada en attendant le contrôle judiciaire, une conclusion défavorable constitue nécessairement un déni du droit à un procès équitable en conformité avec les prin-

power of the first level tribunal to find no credible or trustworthy evidence upon which the Refugee Division might find a claimant to be a Convention refugee and the consequent power of the adjudicator to order deportation offend either section 7 of the Charter or paragraph 2(e) of the Bill of Rights. v) Under paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act*, this Court is entitled to set aside a decision finding no credible basis only if the tribunal based its decision on an erroneous finding of fact and made the finding in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it. The applicants' submission that this is too narrow a basis of judicial review to satisfy the requirements of fundamental justice is not relevant to any issue before the Court in either of the applications herein.

2) The credible basis hearing is said to violate Canada's obligations under the Fourth Geneva Convention, Protocol II to the Geneva Conventions and a customary norm of temporary refuge. Those international instruments and laws have the force of domestic law in Canada and can be enforced in the courts of Canada at the suit of a private individual. However, the duty or intention to execute a deportation order which would breach those laws does not in any way colour the process, under the *Immigration Act*, by which a person from a country like Haiti may be determined not to have a credible basis for a claim to be a Convention refugee or the making of a deportation order consequent to that finding. These issues are not questions with which the first level tribunal or the adjudicator alone in making their decisions and orders nor this Court in reviewing them can be concerned.

3) The applicants argued that the tribunal misunderstood their argument and insisted that all Haitians outside Haiti have a credible basis for claiming to be refugees. It is not axiomatic that nationals of a country who have escaped that country may not have a well founded fear of persecution by reason of their nationality should they be returned. There is ample evidence as to conditions in Haiti on the record. The tribunal did not refer at all to the matters which paragraphs (a) and (b) of subsection 46.01(6) required it to consider. Given the tribunal's misstatement of the argument based on nationality, it must not be assumed that the evidence was considered properly. There is nothing to distinguish the applicants' claim to be persecuted by reason of membership in that particular social group of poor and disadvantaged people from their claim to be persecuted by

cipes de justice naturelle. Il ne s'agit pas là réellement de la contestation du pouvoir du premier palier d'audience de conclure à l'absence du minimum de fondement de la revendication; il s'agit d'une attaque dirigée contre les conséquences possibles de cette conclusion. L'arbitre a correctement décidé qu'il n'était pas habilité à ordonner qu'il soit permis aux requérants de demeurer au Canada en attendant le contrôle judiciaire. Il appartient à la Cour de déterminer s'il y a lieu de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion à cette fin. L'argument selon lequel la faculté du premier palier d'audience de conclure à l'absence d'éléments crédibles et dignes de foi sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention, et la faculté résultante de l'arbitre d'ordonner l'expulsion sont incompatibles avec l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits, n'a aucun bien-fondé. v) Selon l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, cette Cour ne peut annuler la décision concluant à l'absence d'un minimum de fondement que si le tribunal qui l'a rendue a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée et s'il a tiré celle-ci de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments de preuve dont il disposait. La prétention des requérants voulant que le contrôle judiciaire ait là une assise trop étroite pour satisfaire aux exigences de la justice fondamentale ne concerne aucune des questions dont est saisie la Cour dans le cadre des présentes demandes.

2) On affirme que l'audience sur le minimum de fondement viole les obligations du Canada aux termes de la Quatrième Convention de Genève et du Protocole II des Conventions de Genève et la règle habituelle du refuge temporaire. Ces lois et instruments internationaux ont force de loi interne au Canada et ils peuvent être mis à exécution par les tribunaux canadiens sur demande d'un particulier. Toutefois, l'obligation ou l'intention d'exécuter une mesure d'expulsion qui violerait les lois susmentionnées ne vicie nullement, d'une part, le processus prévu par la *Loi sur l'immigration*, en vertu duquel la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention d'une personne venant d'un pays comme Haïti peut être considérée comme dépourvue d'un minimum de fondement, et d'autre part, la prise d'une mesure d'expulsion consécutive à cette conclusion. Ces questions ne sont pas des matières dont doivent se préoccuper le premier palier d'audience ou l'arbitre seul lorsqu'ils rendent leur décision ou prennent une mesure d'expulsion, ni cette Cour lorsqu'elle en fait la révision.

3) Les requérants ont prétendu que le tribunal a mal compris leur moyen, et ils ont insisté pour dire que tous les Haïtiens à l'extérieur de Haïti peuvent revendiquer avec un minimum de fondement la qualité de réfugiés. Il ne va pas de soi que les nationaux d'un pays qui ont fui ce dernier ne puissent pas craindre avec raison d'être persécutés du fait de leur nationalité s'ils étaient renvoyés dans ce pays. Le dossier contient de nombreux éléments de preuve relatifs aux conditions existantes à Haïti. Le tribunal n'a nullement fait mention des questions qu'il doit expressément examiner aux termes des alinéas a) et b) du paragraphe 46.01(6). Étant donné la formulation erronée par le tribunal du moyen fondé sur la nationalité, on ne doit pas présumer que les éléments de preuve ont été considérés de façon appropriée. Rien ne distingue la prétention des requé-

reason of Haitian nationality itself. The first level tribunal did err in approaching the applicants' claim on the merits as it did.

rants d'être persécutés du fait de leur appartenance à ce groupe social particulier de personnes pauvres et déshéritées, de leur prétention d'être persécutés du fait de leur nationalité haïtienne elle-même. Le premier palier d'audience a commis une erreur en considérant la revendication des requérants selon son bien-fondé comme il l'a fait.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).

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

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 28, 52.

Geneva Conventions Act, R.S.C., 1985, c. G-3, s. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 1).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46(1),(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 46.01, 46.02 (as am. *idem*).

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.

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

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43 (F.C.A.); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161.

CONSIDERED:

MacBain v. Lederman, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.).

REFERRED TO:

Valente v. The Queen et al., [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Mohammad v. Canada (Minister of*

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. No. 6.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28, 52.

Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. (1985), chap. G-3, art. 2 (mod. par L.C. 1990, chap. 14, art. 1).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46(1), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14), 46.01, 46.02 (mod. *idem*).

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313; 12 Imm. L.R. (2d) 43 (C.A.F.); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

MacBain c. Lederman, [1985] 1 C.F. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *Conseil canadien des Églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Valente c. La Reine et autres, [1985] 2 R.C.S. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79; *Mohammad c. Canada (Ministre de*

Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 363; (1988), 55 D.L.R. (4th) 321; 21 F.T.R. 240 (note); 91 N.R. 121 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada, Immigration and Refugee Board, *Refugee Determination—What it is and How it Works*.

Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Geneva, September 1979.

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto: Carswell, 1987.

Perluss, Deborah and Hartman, Joan F. "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm" (1986), 26 Virg. Jl. Int'l Law 551.

COUNSEL:

David Matas for applicants.

Gerald L. Chartier and *Brian H. Hay* for respondent.

SOLICITORS:

David Matas, Winnipeg, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: The applicants, husband and wife, are Haitians. They were found, by an adjudicator and Refugee Division member, to have no credible basis for their claims to be Convention refugees. Departure notices were issued by the adjudicator. Those are the decisions and orders subject of the section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application under file no. A-993-90.

The applicants did not comply with the departure notices. Another inquiry was convened. The applicants were found ineligible to have new claims to be Convention refugees dealt with and deportation orders were made. Those are the decisions and orders subject of the section 28 application under file no. A-222-91.

l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 2 C.F. 363; (1988), 55 D.L.R. (4th) 321; 21 F.T.R. 240 (note); 91 N.R. 121 (C.A.).

DOCTRINE

Canada, Commission de l'immigration et du statut de réfugié—*Système de reconnaissance du statut de réfugié*.

Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, septembre 1979.

Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto: Carswell, 1987.

Perluss, Deborah and Hartman, Joan F. «*Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm*» (1986), 26 Virg. Jl, Int'l Law 551.

AVOCATS:

David Matas pour les requérants.

Gerald L. Chartier et *Brian H. Hay* pour l'intimé.

PROCUREURS:

David Matas, Winnipeg, pour les requérants.

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

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Les requérants, mari et femme, sont Haïtiens. Un arbitre et un membre de la section du statut ont conclu que leurs revendications du statut de réfugiés au sens de la Convention n'avaient pas un minimum de fondement, après quoi l'arbitre leur a donné un avis d'interdiction de séjour. Voilà les décisions et ordonnances qui font l'objet de la demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] portant le numéro de greffe A-993-90.

Les requérants ne se sont pas conformés aux avis d'interdiction de séjour. Une autre enquête a été ordonnée. On a conclu que les requérants n'étaient pas admissibles à présenter de nouvelles revendications du statut de réfugié au sens de la Convention et des mesures d'expulsion ont été prises. Il s'agit des décisions et ordonnances qui font l'objet de la demande fondée sur l'article 28 portant le numéro de greffe A-222-91.

In view of paragraph 46.01(1)(f) of the *Immigration Act*,¹ the decision at the second inquiry that the applicants were not eligible to have their claims determined is not open to challenge. Whether the deportation orders are lawful depends entirely on whether the departure notices were lawful and that, in turn, depends entirely on the legality of the initial determination that there was no credible evidence upon which the Refugee Division might find them to be Convention refugees.

The applicants raised below and pursued before us arguments which may conveniently be categorized under three heads: (A) Charter and Bill of Rights arguments; (B) international law arguments and (C) arguments on the particular merits.

The Charter and Bill of Rights arguments all assert that the credible basis hearing mandated by subsection 46(1) of the Act does not afford claimants a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice required by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] and guaranteed by section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgement or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

Étant donné l'alinéa 46.01(1)f) de la *Loi sur l'immigration*¹, la décision consécutive à la seconde enquête selon laquelle les revendications des requérants n'étaient pas recevables ne peut être contestée. Le caractère légal des mesures d'expulsion dépend entièrement du caractère légal des avis d'interdiction de séjour, lequel dépend entièrement, pour sa part, de la légalité de la décision initiale concluant à l'absence d'éléments crédibles sur lesquels la section du statut pouvait se fonder pour reconnaître aux requérants le statut de réfugiés au sens de la Convention.

Les requérants ont soulevé devant l'instance inférieure et fait valoir devant nous des moyens que l'on peut, pour des fins pratiques, réunir sous les rubriques suivantes: (A) moyens fondés sur la Charte et la Déclaration des droits; (B) moyens fondés sur le droit international, et (C) moyens fondés sur le bien-fondé de l'affaire.

Les moyens fondés sur la Charte et sur la Déclaration des droits font tous valoir que l'audience portant sur le minimum de fondement prévue au paragraphe 46(1) de la Loi n'offre pas aux requérants une audition impartiale de leur cause, selon les principes de justice fondamentale comme l'exige l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] et comme le garantit l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

¹ R.S.C., 1985, c. I-2, as amended by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14.

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

(f) in the case of a claimant to whom a departure notice has been issued, the claimant has not left Canada or, having left Canada pursuant to the notice, has not been granted lawful permission to be in any other country.

¹ L.R.C. (1985), chap. I-2, modifié par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14.

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:

f) il est visé par un avis d'interdiction de séjour et n'a pas encore quitté le Canada ou, l'ayant quitté en conformité avec l'avis, n'a pas été légalement autorisé à entrer dans un autre pays.

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations . . .

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

a 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

There is no doubt that one or the other of these provisions is engaged when a person claims to be a Convention refugee.²

b Il ne fait aucun doute que l'une ou l'autre de ces dispositions entre en jeu lorsqu'une personne revendique le statut de réfugié au sens de la Convention².

It is argued that they are infringed by:

On soutient que ces dispositions sont violées par ce qui suit:

1. the participation of an adjudicator in the credible basis determination;

c 1. La participation d'un arbitre à la décision relative au minimum de fondement de la revendication.

2. the participation of a case presenting officer in an adversarial role in the credible basis hearing, particularly the right of that officer to cross-examine claimants;

b 2. La participation d'un agent chargé de présenter le cas dans le rôle d'un adversaire à l'audience portant sur le minimum de fondement, et particulièrement le droit de cet agent de contre-interroger les demandeurs.

3. the imposition on a claimant of the burden of proving a credible basis for the claim and, in any event, by the evidential requirement that the credible basis of the claim be established on a balance of probabilities;

e 3. L'obligation pour le demandeur de prouver le minimum de fondement de sa revendication et, en tout état de cause, l'obligation qu'il a, au plan de la preuve, d'établir ce minimum de fondement selon la prépondérance des probabilités.

4. the power to deny that any person who claims to be a Convention refugee has a credible basis for that claim;

f 4. La faculté de nier que la revendication de la personne qui revendique le statut de réfugié a un minimum de fondement.

5. the limitations of sections 28 and 52 of the *Federal Court Act*³ on this Court's jurisdiction to interfere with a decision or order.

g 5. Les restrictions apportées par les articles 28 et 52 de la *Loi sur la Cour fédérale*³ à la compétence de cette Cour de modifier une décision ou ordonnance.

In an argument made along with that described in paragraph 3 but which spills into the international category, it was urged that the imposition of the onus to prove a credible basis for the claim violated Canada's obligations under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugee* and hence the *Immigration Act* itself as well as the Charter and Bill of Rights.

h Dans un moyen fondé sur le paragraphe 3 mais qui touchait aussi au droit international, on a avancé que l'obligation de prouver le minimum de fondement de la revendication violait les obligations du Canada aux termes de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, et par conséquent la *Loi sur l'immigration* elle-même aussi bien que la Charte et la Déclaration des droits.

In the international law arguments, the credible basis hearing is said to violate Canada's obligations under the Fourth Geneva Convention of August 12,

i Dans leurs moyens fondés sur le droit international, les requérants soutiennent que l'audience sur le minimum de fondement viole les obligations du

² *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

³ R.S.C., 1985, c. F-7.

² *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

³ L.R.C. (1985), chap. F-7.

1949 and Protocol II to the Geneva Conventions of August 12, 1949, both "approved" by Acts of Parliament,⁴ and a customary norm of temporary refuge.⁵ The arguments, common to all three sources of Canada's international obligations, is that the consequence of a negative finding by the first level tribunal may result in deportation of a claimant contrary to those obligations. As to the particular merits, it was argued that the tribunal erred in not finding that there was some credible evidence upon which the Refugee Division might find the applicants to be Convention refugees by reason of nationality, membership in a particular social group and political opinion.

A. The Charter and Bill of Rights Arguments

1. Participation of an adjudicator

The gist of this argument is that an adjudicator is an immigration judge, primarily charged with deciding whether or not persons are admissible to Canada or, if in Canada, should be removed. The thesis is that refugees are a loophole in the system in the sense that, without refugee status, they may not meet criteria for admission and that, therefore, adjudicators tend to view refugee claimants as a threat to the integrity of the scheme of the *Immigration Act*. What this boils down to is an allegation of institutional bias founded on the mixture of functions committed to adjudicators.

The respondent argues that this proposition has, by necessary implication, been disposed of by this Court contrary to the applicants' contention. In *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,⁶ it was held that the legislative scheme of the *Immigration Act, 1976*⁷ met the test of *Valente v. The*

Canada aux termes de la Quatrième Convention de Genève du 12 août 1949 et du Protocole II des Conventions de Genève du 12 août 1949, tous deux «approuvés» par des Lois du Parlement⁴, et la règle coutumière du refuge temporaire⁵. Selon ces moyens, communs aux trois sources des obligations du Canada sur le plan international, la conclusion défavorable du premier palier d'audience pourrait entraîner l'expulsion du demandeur en violation des obligations susmentionnées. Pour ce qui est du bien-fondé des revendications, on a soutenu que le tribunal a commis une erreur en concluant à l'absence d'éléments crédibles sur lesquels la section du statut pouvait se fonder pour reconnaître aux requérants le statut de réfugiés au sens de la Convention du fait de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social ou de leurs opinions politiques.

A. Les moyens fondés sur la Charte et la Déclaration des droits

1. La participation de l'arbitre

Le point essentiel de cet argument tient à ce que l'arbitre est un juge de l'immigration, tenu principalement de décider de l'admissibilité au Canada des immigrés éventuels, ou du renvoi possible de ceux qui sont déjà au pays. Selon la thèse avancée, les réfugiés représentent une lacune du système en ce sens que, en l'absence du statut de réfugié, ils pourraient ne pas répondre aux critères d'admissibilité et, par conséquent, les arbitres ont tendance à considérer les demandeurs du statut de réfugié comme une menace à l'économie générale de la *Loi sur l'immigration*. Cela revient à dire qu'il y a préjugé institutionnel en raison des diverses fonctions attribuées aux arbitres.

L'intimé soutient que cette thèse a été, par voie de conséquence nécessaire, écartée par cette Cour dans l'arrêt *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*⁶ lorsqu'elle a statué que l'économie de la *Loi sur l'immigration de 1976*⁷ respectait les critères énoncés dans l'arrêt *Valente c. La Reine et*

⁴ *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, s. 2, as amended by S.C. 1990, c. 14, s. 1.

⁵ Perluss and Hartman, "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm" (1986), *Virg. J. Int'l Law* 551.

⁶ [1989] 2 F.C. 363 (C.A.).

⁷ S.C. 1976-77, c. 52.

⁴ *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), chap. G-3, art. 2, modifiée par L.C. 1990, chap. 14, art. 1.

⁵ Perluss and Hartman, "Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm" (1986), *Virg. J. Int'l Law* 551.

⁶ [1989] 2 C.F. 363 (C.A.).

⁷ S.C. 1976-77, chap. 52.

Queen et al.,⁸ and that adjudicators were independent tribunals within the contemplation of the requirements of section 7 of the Charter. Adjudicators had no role in the refugee determination process under that Act however, in *Canadian Council of Churches v. Canada*,⁹ among the numerous issues was a motion to strike a pleading seeking a declaration of the invalidity or inoperability of a number of provisions of the present legislative scheme on the ground that

An immigration adjudicator is not independent and impartial, thereby depriving the refugee of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice

In striking the pleading, the Court held

This issue, however, has already been decided against the respondent's point of view in *Mohammad v. Minister of Employment and Immigration* . . . This Court cannot reasonably be asked to reopen the question of the independence of adjudicators a little more than a year after having decided the issue.

While the Court did not, in its reasons, expressly mention the institutional impartiality of adjudicators, it was squarely in issue and, it seems to me, would certainly have been mentioned had it been argued. I do not think it can be safely concluded that the issue has been settled.

An example of a reasonable apprehension of bias, or institutional partiality, as a result of a mixture of functions is found in *MacBain v. Lederman*,¹⁰ where the *Canadian Human Rights Act*,¹¹ as it then stood, authorized the Canadian Human Rights Commission to find a complaint to have been substantiated on the basis of an investigation by a person it had designated and then to designate the composition of the tribunal that would again inquire into the matter, decide whether the complaint was substantiated and, if so, impose penalties and sanctions. The preliminary determination by an adjudicator that, but for the claim to be a Convention refugee, a person would not be entitled to enter or remain in Canada in no way prejudices, nor can it reasonably be seen as prejudging, the validity of the refugee claim. Institutional

⁸ [1985] 2 S.C.R. 673.

⁹ [1990] 2 F.C. 534 (C.A.), at p. 555.

¹⁰ [1985] 1 F.C. 856 (C.A.).

¹¹ S.C. 1976-77, c. 33.

*autres*⁸, et que les arbitres constituaient des tribunaux indépendants envisagés par les exigences de l'article 7 de la Charte. Les arbitres n'avaient aucun rôle au sein du processus de détermination des réfugiés en vertu de cette Loi; cependant, dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada*⁹, parmi les nombreuses questions soulevées se trouvait une requête en radiation d'un acte de procédure visant à faire déclarer invalides ou sans effet un certain nombre de dispositions de l'actuel régime législatif au motif que:

L'arbitre n'est pas indépendant et impartial, ce qui prive le réfugié du droit à une audience équitable conformément aux principes de justice fondamentale . . .

En radiant l'acte de procédure, la Cour a statué comme suit:

Cet argument a cependant été rejeté par cette Cour dans *Mohammad c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* . . . Cette Cour ne peut pas raisonnablement être priée de réouvrir la question de l'indépendance des arbitres un peu plus d'un an après qu'elle s'est prononcée sur celle-ci.

Bien que la Cour n'ait pas, dans ses motifs, fait expressément mention de l'impartialité institutionnelle des arbitres, celle-ci était parfaitement en cause et, me semble-t-il, il en aurait sûrement été fait mention si on en avait débattu. Je ne crois pas que l'on puisse conclure avec assurance que la question a été réglée.

L'affaire *MacBain v. Lederman*¹⁰ nous fournit un exemple d'une crainte raisonnable de partialité, ou de partialité institutionnelle, découlant d'un mélange de fonctions; dans cette affaire, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹¹, comme elle était alors rédigée, autorisait la Commission canadienne des droits de la personne à conclure qu'une plainte était justifiée en se fondant sur une enquête tenue par une personne qu'elle avait désignée, et ensuite à désigner les membres du tribunal qui enquêteraient de nouveau sur la question, qui décideraient si la plainte était justifiée et, le cas échéant, qui imposeraient des peines et des sanctions. La conclusion préliminaire de l'arbitre que, ne serait-ce de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, une personne n'aurait pas le droit d'entrer au Canada ou d'y

⁸ [1985] 2 R.C.S. 673.

⁹ [1990] 2 C.F. 534 (C.A.) à la p. 555.

¹⁰ [1985] 1 C.F. 856 (C.A.).

¹¹ S.C. 1976-77, chap. 33.

partiality on the part of the adjudicator is not inherent in the scheme of the Act.

There is not an iota of evidence to lend credence to the applicants' basic premise that adjudicators tend to view refugee claimants as a threat to the integrity of the scheme of the Act. There is no reason why they should; the recognition of the right of genuine Convention refugees to remain in Canada is as much part and parcel of the scheme of the Act as anything else adjudicators may be called upon to decide. It has been held that:¹²

In general, any *Charter* challenge based upon allegations of unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects.

The applicants' argument is utterly devoid of evidential and reasonable intellectual foundation.

2. Adversarial role of the case presenting officer

In this argument, the applicants rely particularly on the following sentence from paragraph 200 of the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*.¹³

200. . . . It will be necessary for the examiner to gain the confidence of the applicant in order to assist the latter in putting forward his case and in fully explaining his opinions and feelings.

The applicants equate the case presenting officer to the examiner and argue that the adversarial role, particularly cross-examination, denies the claimant the fundamental justice mandated by the Bill of Rights and Charter. It may be noted that paragraph 200 begins with the following sentence.

200. An examination in depth of the different methods of fact-finding is outside the scope of the present Handbook.

¹² *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1101.

¹³ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, September, 1979.

demeurer ne préjuge nullement, ni ne peut raisonnablement être considérée comme préjugeant, de la validité de la revendication du statut de réfugié. La partialité institutionnelle de l'arbitre n'est pas inhérente à l'économie de la Loi.

Il n'existe pas un iota de preuve pour donner créance à la thèse fondamentale des requérants selon laquelle les arbitres ont tendance à considérer que les demandeurs de statut de réfugié constituent une menace pour l'économie générale de la Loi. Il n'y a aucune raison pour qu'il en soit ainsi; la reconnaissance du droit des authentiques réfugiés au sens de la Convention de demeurer au Canada fait tout autant partie de l'économie de la Loi que toute autre chose sur laquelle les arbitres peuvent avoir à se prononcer. On a statué que¹²:

En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés.

Le moyen des requérants est entièrement dénué de fondement intellectuel probant et raisonnable.

2. Le rôle d'adversaire de l'agent chargé de présenter le cas

En faisant valoir ce moyen, les requérants se fondent particulièrement sur la phrase suivante du paragraphe 200 du *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*¹³:

200. . . . L'examineur devra alors mettre le demandeur en confiance pour l'amener à exposer clairement son cas et à exprimer pleinement ses opinions et ses sentiments.

Les requérants assimilent l'agent chargé de présenter le cas à l'examineur, et ils soutiennent que son rôle d'adversaire, particulièrement en ce qui concerne le contre-interrogatoire, prive le demandeur de la justice fondamentale exigée par la Déclaration des droits et la Charte. On peut noter que le paragraphe 200 débute avec la phrase suivante:

200. Un examen approfondi des différentes méthodes d'établissement des faits dépasserait le cadre du présent Guide.

¹² *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1101.

¹³ Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, septembre 1979.

It is apparent that paragraph 200 does not contemplate an adversarial screening process.

This Court has held:¹⁴

... at the "credible basis" stage the tribunal is not to make findings of fact but is limited to determining the existence of credible or trustworthy evidence on each of the necessary elements of the claim such that the Refugee Division might find the applicant to be a Convention refugee. The primary role of the tribunal is to test the credibility of the evidence; in performing that role it is entitled to draw such inferences as are necessary for the purpose, as for example by determining that all or part of a witness' story is unreliable because it is implausible or because the witness has contradicted himself.

It is trite to say that cross-examination is a valuable tool in the ascertainment of truth and assessment of credibility. Appropriate to the present argument, it has been said:¹⁵

Cross-examination is a means to an end, not an end in itself. It is utilized to assist in demonstrating the extent of the dependability of oral evidence.

The power and duty of the case presenting officer to cross-examine claimants is not to be isolated from other provisions of the Act. Among the mandated attributes of the screening process, a claimant is accorded an oral hearing [section 29], a right to counsel [subsection 30(1)] and, if need be, to have counsel provided at public expense [subsection 30(2)], a reasonable opportunity to present evidence, cross-examine witnesses and make representations [subsection 46(3)] and the tribunal must give reasons for its decision if it is adverse [section 46.02]. A later reference to the Handbook will demonstrate that the term "examiner" there appropriately describes different e functionaries in the Canadian refugee determination process depending on what they do. It is the claimant's counsel not the case presenting officer who, in the scheme of the Act, is called upon to gain the claimant's confidence and assist in putting the case forward.

There is obviously nothing inherently offensive to fundamental justice in an adversarial proceeding; if

¹⁴ *Leung v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (F.C.A.), at p. 314.

¹⁵ Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Carswell (1987), at p. 289.

Il est évident que le paragraphe 200 n'envisage pas un processus de sélection de type accusatoire.

Cette Cour a statué comme suit¹⁴:

... à l'étape du «minimum de fondement», le tribunal n'a pas à faire de constatations de fait mais doit se limiter à déterminer l'existence d'éléments crédibles ou dignes de foi à l'égard de chacun des éléments nécessaires de la revendication, sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Le rôle principal du tribunal est d'analyser la crédibilité de la preuve. Pour cela, il a le droit de tirer les conclusions qui sont nécessaires à cette fin, par exemple en déterminant que l'intégralité ou une partie de l'histoire d'un témoin n'est pas fiable parce qu'elle n'est pas plausible ou que le témoin s'est contredit.

C'est un lieu commun de dire que le contre-interrogatoire est un outil précieux dans la recherche de la vérité et l'appréciation de la crédibilité. La remarque suivante convient bien à l'espèce¹⁵:

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire est un moyen, et non une fin en elle-même. On y recourt pour aider à démontrer le crédit que l'on peut accorder aux témoignages.

Le pouvoir et l'obligation qu'a l'agent chargé de présenter le cas de contre-interroger les demandeurs ne doivent pas être isolés des autres dispositions de la Loi. Conformément aux étapes obligatoires du processus de sélection, le demandeur a droit à une audition orale [article 29], à l'assistance d'un avocat [paragraphe 30(1)] et, si nécessaire, aux services d'un avocat aux frais du ministre [paragraphe 30(2)], à la possibilité de produire des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins et de présenter des observations [paragraphe 46(3)], et le tribunal doit motiver toute décision défavorable au demandeur [article 46.02]. Une mention subséquente du Guide démontrera que l'expression «examineur» que l'on y trouve décrit de façon appropriée différents fonctionnaires responsables du processus canadien de détermination du statut de réfugié selon ce qu'ils font. C'est l'avocat du demandeur et non l'agent chargé de présenter le cas qui, selon l'économie de la Loi, doit mettre le demandeur en confiance et l'aider à exposer clairement son cas.

La procédure de type accusatoire ne comporte rien d'essentiellement contraire à la justice fondamentale;

¹⁴ *Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 74 D.L.R. (4th) 313 (C.A.F.), à la p. 314.

¹⁵ Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Carswell (1987), à la p. 289.

there were, our judicial system would long since have ceased to function as it, almost universally, does. The applicants would like a system more favourable to refugee claimants. It was said of a person tried for a criminal offence in *R. v. Lyons*,¹⁶

... s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined.

That may equally be said of refugee claimants. In my opinion, in the scheme of the Act, the adversarial role of the case presenting officer at the credible basis hearing does not impair any right accorded a refugee claimant by section 7 of the *Charter* or paragraph 2(e) of the Bill of Rights.

3. The burden of proof

The Act provides:

46. . . .

(2) The burden of proving that a claimant is eligible to have the claim determined by the Refugee Division and that the claimant has a credible basis for that claim rests on the claimant.

46.01 . . .

(6) If the adjudicator or the member of the Refugee Division, after considering the evidence adduced at the inquiry or hearing, including evidence regarding

(a) the record with respect to human rights of the country that the claimant left, or outside of which the claimant remains, by reason of fear of persecution, and

(b) the disposition under this Act or the regulations of claims to be Convention refugees made by other persons who allege fear of persecution in that country,

is of the opinion that there is any credible or trustworthy evidence on which the Refugee Division might determine the claimant to be a Convention refugee, the adjudicator or member shall determine that the claimant has a credible basis for the claim. [Emphasis added.]

By subsection 46.03(5), if either or both the adjudicator or member find for the claimant, the claim is referred to the Refugee Division.

si tel était le cas, notre système judiciaire aurait depuis longtemps cessé de fonctionner comme il le fait presque universellement. Les requérants aimeraient voir un système plus favorable aux demandeurs de statut. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*¹⁶, on a dit d'une personne accusée d'une infraction criminelle:

... art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer.

On peut dire la même chose des demandeurs de statut. À mon sens, dans le cadre de la Loi, le rôle d'adversaire de l'agent chargé de présenter le cas au premier palier d'audience ne nuit à aucun droit accordé au demandeur de statut par l'article 7 de la *Charte* ou l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits.

3. Le fardeau de la preuve

La Loi prévoit ce qui suit:

46. . . .

(2) Il appartient au demandeur de statut de prouver que sa revendication est recevable et qu'elle a un minimum de fondement.

46.01 . . .

(6) L'arbitre ou le membre de la section du statut concluent que la revendication a un minimum de fondement si, après examen des éléments de preuve présentés à l'enquête ou à l'audience, ils estiment qu'il existe des éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Parmi les éléments présentés, ils tiennent compte notamment des points suivants:

a) les antécédents en matière de respect des droits de la personne du pays que le demandeur a quitté ou hors duquel il est demeuré de crainte d'être persécuté;

b) les décisions déjà rendues aux termes de la présente loi ou de ses règlements sur les revendications où était invoquée la crainte de persécution dans ce pays. [Je souligne.]

Selon le paragraphe 46.03(5), si l'arbitre et le membre de la section du statut ou l'un d'eux concluent en faveur du demandeur, la revendication est déferée à la section du statut.

¹⁶ [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362.

¹⁶ [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362.

What the applicants allege to be a denial of fundamental justice is the requirement that a claimant establish, on a balance of probabilities, that evidence adduced at the hearing is credible and trustworthy and that the credible and trustworthy evidence might lead the Refugee Division to conclude that the claimant is a Convention refugee. The applicants here distinguish between the burden of adducing evidence and the burden of persuasion. It is the imposition of the latter burden which, they say, denies claimant fundamental justice. As I understand the argument, imposition of the burden of persuasion is tantamount to denying the claimant the benefit of any doubt.

The applicants refer to a publication by the Immigration and Refugee Board entitled *Refugee Determination—What it is and how it works*, in which, over the signature of the chairman, it is said [at page 1]:

In each case before the IRB, benefit of the doubt will lie with the refugee claimant.

They find, in paragraphs 203 and 204 of the U.N. Handbook previously cited, support for the proposition that for a refugee claimant to be denied the benefit of the doubt when making a refugee claim is a denial of fundamental justice although paragraph 204 says, in part,

204. The benefit of the doubt should, however, only be given when all available evidence has been obtained and checked and when the examiner is satisfied as to the applicant's general credibility.

Finally, it is said that it is a violation of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* defined in subsection 2(1) of the Act and, hence, of the Act itself, as well as a denial of fundamental justice to reject real refugees and return them to danger and, it follows, any procedure that tends to that rejection, including imposition of a burden of proof on the claimant, itself violates those instruments.

The policy of the Immigration and Refugee Board cannot, of course, prevail over the express provision of an Act of Parliament even if one were to conclude that credible basis hearings were proceedings under

Ce que les requérants affirment être un déni de justice fondamentale, c'est l'obligation faite au demandeur d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que les éléments de preuve produits à l'audience sont crédibles et dignes de foi, et que la section du statut peut se fonder sur eux pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Les requérants font en l'espèce une distinction entre l'obligation de produire des éléments de preuve et le fardeau de la persuasion. C'est ce dernier qui, à leur avis, constitue à l'égard du demandeur un déni de justice fondamentale. Si je comprends bien le moyen avancé, le fardeau de la persuasion équivaut au refus d'accorder au demandeur le bénéfice du doute.

Les requérants renvoient à une publication de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié intitulée *Système de reconnaissance du statut de réfugié*, dans laquelle, au-dessus de la signature du président, on peut lire [à la page 1]:

La Commission entend accorder le bénéfice du doute à tous les demandeurs du statut de réfugié.

Les requérants trouvent, aux paragraphes 203 et 204 du Guide des N.U. précité, un appui pour la proposition selon laquelle c'est un déni de justice fondamentale à l'endroit du demandeur de statut que de lui refuser le bénéfice du doute lorsqu'il revendique le statut de réfugié, bien que le paragraphe 204 dise en partie:

204. Néanmoins, le bénéfice du doute ne doit être donné que lorsque tous les éléments de preuve disponibles ont été réunis et vérifiés et lorsque l'examineur est convaincu de manière générale de la crédibilité du demandeur.

Finalement, les requérants avancent que c'est une violation de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* définie au paragraphe 2(1) de la Loi et, par conséquent, une violation de la Loi elle-même, aussi bien qu'un déni de justice fondamentale, que de refuser d'authentiques réfugiés et les renvoyer vers le danger et, par conséquent, toute procédure conduisant à ce refus, y compris l'imposition du fardeau de la preuve au demandeur, viole elle-même ces instruments.

La politique de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ne peut naturellement l'emporter sur la disposition expresse d'une Loi du Parlement, même si l'on devait conclure que les audiences du

the jurisdiction of that Board. While it is likewise clear that the United Nations Handbook cannot prevail over the Act, the Handbook does contemplate the reality that not all who claim to be Convention refugees really are and recognizes the legitimacy of a screening process to establish the probability of the validity of individual claims. It seems to me one cannot be satisfied that evidence is credible or trustworthy unless satisfied that it is probably so, not just possibly so.

The applicants make no distinction between first and second level hearings. At the second level hearing, where the issue is whether or not the claimant is, in fact, a Convention refugee, there is a weighing of evidence by the Refugee Division and room for benefit of the doubt. All the first level panel has to do, indeed all it is entitled to do, is determine whether there is any credible evidence upon which the Refugee Division, at the second level, might determine the claimant to be a Convention refugee.¹⁷ There is no weighing of conflicting evidence in that. If there is some credible evidence, no amount of evidence to the contrary can alter that fact. There is no room for benefit of the doubt. I see no offence to either section 7 of the Charter or paragraph 2(e) of the Bill of Rights in the requirement of subsection 46(2).

4. Denial of a credible basis

It is argued that a finding that there is no credible basis for a refugee claim is unconstitutional. Once the finding is made the adjudicator must proceed to decide whether to issue a departure notice or make a deportation order [subsection 46.02(1)] and do one or the other [section 32]. If a deportation order is made, the Minister is required to execute it "as soon as reasonably practicable" [section 48] subject only to a 72-hour stay on request to permit the person concerned to seek leave to apply to this Court for judicial review [paragraph 49(1)(b)].

¹⁷ *Leung v. M.E.I.*, *supra*.

premier palier étaient des procédures relevant de la compétence de la Commission. Bien qu'il soit également clair que le Guide des Nations Unies ne peut l'emporter sur la Loi, le Guide envisage le fait que ceux qui prétendent être des réfugiés au sens de la Convention ne le sont pas tous réellement, et il reconnaît le caractère légitime d'un processus de sélection pour établir la probabilité de la validité des revendications individuelles. Il me semble que l'on ne peut être convaincu que les éléments de preuve sont crédibles ou dignes de foi sans être convaincu qu'il est probable qu'ils le sont, et non simplement possible.

Les requérants ne font aucune distinction entre le premier et le second paliers d'audience. À ce dernier palier, où il s'agit de décider si le demandeur est réellement un réfugié au sens de la Convention, la section du statut soupèse les éléments de la preuve, et il y a place au bénéfice du doute. Tout ce qu'a à faire le premier palier d'audience, de fait tout ce qu'il est habilité à faire, c'est de déterminer s'il existe des éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut, au second palier, peut se fonder pour reconnaître au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention¹⁷. Il ne s'agit pas là de soupeser des éléments de preuve contradictoires. S'il existe des éléments de preuve crédibles, aucun élément de preuve contraire ne peut modifier ce fait. Il n'y a pas place au bénéfice du doute. Je ne vois dans l'exigence contenue au paragraphe 46(2) aucune incompatibilité avec l'article 7 de la Charte ni avec l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits.

4. Refus de reconnaître un minimum de fondement à la revendication

On soutient que la conclusion que la revendication du statut de réfugié est dénuée d'un minimum de fondement est inconstitutionnelle. Lorsque cette conclusion est tirée, l'arbitre doit ensuite décider s'il va donner un avis d'interdiction de séjour ou prendre une mesure d'expulsion [paragraphe 46.02(1)] et faire l'un ou l'autre [article 32]. S'il prend une mesure d'expulsion, le ministre doit la mettre à exécution «dès que les circonstances le permettent» [article 48], sous réserve uniquement d'un sursis de 72 heures sur demande pour permettre à l'intéressé de demander l'autorisation de présenter une demande de

¹⁷ *Leung c. M.E.I.*, précité.

The argument is that because a determination that a claimant has no credible basis for the claim to be a Convention refugee is a denial of the right to remain in Canada pending judicial review, a negative finding is necessarily a denial of the right to a fair hearing in accordance with the principles of natural justice. This is not really an attack on the power of the first level tribunal to find no credible basis; it is an attack on the potential consequences of such a finding. The adjudicator correctly decided that he had no authority to direct that the applicants be allowed to remain in Canada pending judicial review. Whether execution of a deportation order ought to be stayed for that purpose is a question for the Court.

The constitutionality of the 72-hour mandatory stay is one of the issues which remains to be dealt with in *Canadian Council of Churches v. Canada*.¹⁸ Even if it had already been found unconstitutional, that could not taint the legality of any decision or order in issue here: the finding that there is no credible basis for the claims to be refugees and the making of departure notices and deportation orders. It could only affect the execution of the order or the necessity of complying with the notice. As a matter of fact, while irrelevant to the issues here, Canada is not now executing deportation orders to Haiti; it has not done so at any time material to these proceedings.

I have not been persuaded that there is any merit in what is relevant here, namely the argument that the power of the first level tribunal to find that there is no credible or trustworthy evidence upon which the Refugee Division might find a claimant to be a Convention refugee and the consequent power of the adjudicator to order deportation offend either section 7 of the Charter or paragraph 2(e) of the Bill of Rights.

contrôle judiciaire auprès de cette Cour [alinéa 49(1)b)].

Les requérants font valoir que puisque la conclusion que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'a pas un minimum de fondement prive le demandeur de statut de son droit de demeurer au Canada en attendant la révision judiciaire, une conclusion défavorable constitue nécessairement le déni du droit à un procès équitable en conformité avec les principes de justice naturelle. Il ne s'agit pas là réellement de la contestation du pouvoir du premier palier d'audience de conclure à l'absence du minimum de fondement de la revendication; il s'agit d'une attaque dirigée contre les conséquences possibles de cette conclusion. L'arbitre a correctement décidé qu'il n'était pas habilité à ordonner qu'il soit permis aux requérants de demeurer au Canada en attendant la révision judiciaire. Il appartient à la Cour de déterminer s'il y a lieu de surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion à cette fin.

La constitutionnalité du sursis obligatoire de 72 heures est l'une des questions laissées en suspens dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada*¹⁸. Même si le sursis avait déjà été déclaré inconstitutionnel, cela ne saurait vicier le caractère légal de toute décision ou ordonnance contestée en l'espèce, soit la conclusion que les revendications du statut de réfugié n'ont pas un minimum de fondement, la délivrance d'avis d'interdiction et la prise de mesures d'expulsion. Cela ne pourrait toucher que l'exécution des mesures ou la nécessité de se conformer aux avis. De fait, bien que cela ne soit pas pertinent à l'espèce, le Canada ne met pas actuellement à exécution les mesures d'expulsion à Haïti; il ne l'a fait à aucune période concernée dans cette action.

L'on ne m'a pas persuadé du bien-fondé de ce qui est pertinent en l'espèce, à savoir l'argument selon lequel la faculté du premier palier d'audience de conclure à l'absence d'éléments crédibles et dignes de foi sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention, et la faculté résultante de l'arbitre d'ordonner l'expulsion sont incompatibles avec l'article 7 de la Charte ou l'alinéa 2e) de la Déclaration des droits.

¹⁸ [1990] 2 F.C. 534 (C.A.), at p. 561.

¹⁸ [1990] 2 C.F. 534 (C.A.), à la p. 561.

5. Adequacy of judicial review

If the Court concludes that the tribunal finding no credible basis for a refugee claim made an error in a finding of fact, paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act* permits this Court to set aside the decision only if the tribunal (1) based its decision on that finding and (2) made the finding in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it. Further, if the Court concludes the tribunal erred in any of the ways contemplated by subsection 28(1), by paragraph 52(c) of the *Federal Court Act*, it can only set aside the decision or set it aside and remit the matter to tribunal for reconsideration with directions. It cannot make the decision it thinks the tribunal ought to have made although, from a practical point of view, its directions may be so precise as to dictate the result of the reconsideration. The applicants submit that this is too narrow a basis of judicial review to satisfy the requirements of fundamental justice, at least in the case of refugee claimants, and that what is required is a right to appeal which would allow the Court to substitute its view of the case for that of the tribunal if it considers the decision below to be unreasonable.

As with the constitutionality of the 72-hour statutory stay, I fail to see how this submission is relevant to any issue before the Court in either of the present section 28 applications. The sufficiency of the provision Parliament has made for their judicial review was not a matter to be taken into account by the adjudicator alone or with the Refugee Division member in making any of the decisions or orders subject of this review. If it is insufficient that cannot be a basis for setting any of them aside; it can only be a basis for excusing from or preventing compliance.

B. The International Law Arguments

I see no need to summarize the international law arguments. I accept, for purposes of those arguments, that to return a person to Haiti in the circumstances that presently exist and have existed at relevant times

5. Le caractère suffisant de la révision judiciaire

Si la Cour conclut que le tribunal qui a refusé de reconnaître un minimum de fondement à la revendication du statut de réfugié a tiré une conclusion de fait erronée, l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* permet à notre Cour d'annuler la décision contestée seulement si le tribunal qui l'a rendue (1) a fondé sa décision sur cette conclusion de fait et (2) s'il a tiré celle-ci de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait. De plus, si la Cour conclut que le tribunal a commis l'une des erreurs visées au paragraphe 28(1), l'alinéa 52c) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne l'autorise qu'à infirmer la décision ou à l'infirmer et à renvoyer l'affaire au tribunal pour jugement conformément à ses instructions. Elle ne peut rendre la décision que, selon elle, le tribunal aurait dû rendre bien que, d'un point de vue pratique, ses instructions peuvent être suffisamment précises pour dicter l'issue du nouvel examen. Les requérants font valoir que la révision judiciaire a une assise trop étroite pour satisfaire aux exigences de la justice fondamentale, au moins pour ce qui est des demandeurs du statut de réfugié, et que ce qui est exigé est un droit d'appel qui permettrait à la Cour de substituer son point de vue sur l'affaire à celle du tribunal si elle considère abusive la décision rendue par l'instance inférieure.

De même qu'il en est pour la constitutionnalité du sursis légal de 72 heures, je ne vois pas la pertinence de cet argument quant à l'une quelconque des questions soumises à la Cour dans le cadre des présentes demandes fondées sur l'article 28. L'arbitre, seul ou de concert avec le membre de la section du statut n'avait pas, en rendant les décisions ou en prenant les mesures contestées en l'espèce, à considérer le caractère suffisant des dispositions prises par le Parlement à l'égard de leur révision judiciaire. L'insuffisance de ces dispositions, le cas échéant, ne saurait justifier l'annulation des décisions ou des mesures contestées; elle ne peut fournir qu'une excuse ou un motif pour ne pas les exécuter.

B. Les moyens fondés sur le droit international

Je ne vois pas la nécessité de résumer les moyens fondés sur le droit international. J'admets, aux fins de ces moyens, que renvoyer une personne à Haïti dans les circonstances qui existent actuellement et qui

would violate Canada's obligations under the Fourth Geneva Convention, the Second Protocol and a customary norm of international law prohibiting the forcible repatriation of foreign nationals who have fled generalized violence and other threats to their lives and security arising out of internal armed conflict within their state of nationality. I also accept, for purposes of the arguments, that those international instruments and laws have the force of domestic law in Canada and can be enforced in the courts of Canada at the suit of a private individual. What I cannot accept, however, is that the duty or intention to execute a deportation order which, if executed, would breach those laws in any way colours the process, under the *Immigration Act*, by which a person from such a country may be determined not to have a credible basis for a claim to be a Convention refugee or the making of a deportation order consequent to that finding.

These issues, like the constitutional sufficiency of the provision Parliament has made for judicial review and the 72-hour stay, are not questions with which the first level tribunal or the adjudicator alone in making their decisions and orders nor this Court in reviewing them can be concerned. To say that they are not relevant to those decisions and orders is not, of course, to denigrate their importance. It would be a grave, and I hope justiciable, matter indeed if Canada were to execute deportation orders in circumstances which breached obligations under international law and put the life, liberty or security of persons in peril.

C. The Merits

A Convention refugee is relevantly defined as

... any person who

existaient aux époques concernées, ce serait violer les obligations du Canada aux termes de la Quatrième Convention de Genève, du Deuxième Protocole et de la règle coutumière de droit international qui interdit le rapatriement forcé des nationaux étrangers qui ont fui la violence généralisée et d'autres menaces pour leur vie et leur sécurité découlant d'un conflit armé domestique dans l'État dont ils ont la nationalité. Je reconnais aussi, toujours aux fins des moyens invoqués, que ces lois et ces instruments internationaux ont force de loi interne au Canada et qu'ils peuvent être mis à exécution par les tribunaux canadiens sur demande d'un particulier. Toutefois, je ne saurais admettre que l'obligation ou l'intention d'exécuter une mesure d'expulsion qui, si elle était exécutée, violerait les lois susmentionnées vicie le moins, d'une part, le processus prévu par la *Loi sur l'immigration*, en vertu duquel la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention d'un national de l'État visé peut être considérée comme dépourvue d'un minimum de fondement, et d'autre part, la prise d'une mesure d'expulsion consécutive à cette conclusion.

Ces questions, comme il en est du caractère suffisant, aux yeux de la Constitution, des dispositions prises par le Parlement à l'égard de la révision judiciaire et du sursis de 72 heures, ne sont pas des matières dont doivent se préoccuper le premier palier d'audience ou l'arbitre seul lorsqu'ils rendent leur décision ou prennent une mesure d'expulsion, ni cette Cour lorsqu'elle en fait la révision. Dire que ces questions ne sont pas pertinentes aux décisions ou aux mesures visées ne déprécie évidemment en rien leur importance. Ce serait évidemment une question sérieuse et, j'ose l'espérer, qui relèverait des tribunaux, si le Canada devait exécuter des mesures d'expulsion dans des circonstances incompatibles avec ses obligations découlant du droit international et qui mettent en danger la vie, la liberté ou la sécurité d'autrui.

C. Le bien-fondé des moyens

Le réfugié au sens de la Convention est défini de façon pertinente comme étant:

... Toute personne

(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 his nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country. . .

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act.

We are not here concerned with race or religion.

It is submitted that all Haitians have a credible basis for claiming to be Convention refugees because they are Haitians. The tribunal held

. . . it would be absurd to accept the proposition of your counsel that all Haitians are refugees, since this would offer international protection to both the victims and the perpetrators of the crimes, and from whom you are seeking protection.

The applicants say that the tribunal misunderstood their argument. They did not submit that all Haitians are refugees but that all Haitians outside Haiti have a credible basis for claiming to be refugees. They say further that, as a result of its misapprehension, the tribunal addressed the second level question: are the applicants refugees, rather than the first level question: is there any credible or trustworthy evidence upon which they might be found to be refugees? They also note that the possibility of what was seen as leading to absurdity is actually preempted by the Convention refugee definition which excludes persons to whom section F of Article 1 of the Convention applies. Section F provides:

Article 1

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

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, . . .

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l'annexe de la présente loi.

Il n'est pas ici question de race ni de religion.

On a soutenu que tous les Haïtiens peuvent revendiquer avec un minimum de fondement la qualité de réfugiés au sens de la Convention parce qu'ils sont Haïtiens. Le tribunal a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] . . . il serait absurde de renier la proposition de votre avocat selon laquelle tous les Haïtiens sont des réfugiés, car ce serait là offrir une protection internationale aussi bien aux victimes qu'à ceux qui commettent des crimes, et contre qui vous cherchez à vous protéger.

Les requérants disent que le tribunal a mal compris leur moyen. Ils n'ont pas prétendu que tous les Haïtiens étaient des réfugiés, mais que tous les Haïtiens à l'extérieur de Haïti peuvent revendiquer avec un minimum de fondement la qualité de réfugiés. Ils disent en outre que, en raison de cette méprise, le tribunal s'est penché sur la question propre au second palier d'audience: les requérants sont-ils des réfugiés, plutôt que sur la question propre au premier palier: existe-t-il des éléments crédibles ou dignes de foi en vertu desquels on pourrait leur reconnaître le statut de réfugiés? Ils soulignent aussi que la possibilité de ce qui a été considéré comme menant à une absurdité a été écartée par la définition de l'expression réfugié au sens de la Convention, qui exclut les personnes visées par la section F de l'article premier de la Convention, dont voici le libellé:

Article premier

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

- (b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;
- (c) he has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

One has only to recall the recent history of Cambodia to recognize that possibility of widespread persecution of its general population by a national regime. With respect, it is not axiomatic that nationals of a country who have escaped that country may not have a well founded fear of persecution by reason of their nationality should they be returned. There is ample evidence as to conditions in Haiti on the record. There is evidence as to the treatment of Haitians who have been forcibly repatriated by the United States. Its trustworthiness has not been questioned. It is for the Refugee Determination Division, not the screening hearing, to weigh that evidence and decide whether it supports the objective element of the applicants' claim.

In its relatively brief "reasons for decision on credible basis",¹⁹ the tribunal did not refer at all to the matters which paragraphs (a) and (b) of subsection 46.01(6) expressly required it to consider. While that is by no means conclusive that the evidence, of which there was plenty, was not considered, it is somewhat surprising in the case of Haitian claimants. Given the tribunal's misstatement of the argument based on nationality, I think it unsafe to assume that the evidence was considered properly.

The social group in which the applicants claim membership is the poor and disadvantaged people of Haiti. The tribunal noted that the documentary evidence established that the Haitian population is substantially poor and disadvantaged. The applicants did not address this argument in their memorandum of points of argument although their counsel did refer to it in passing in oral argument. If I understand the tribunal correctly, I am inclined to agree with it on this point: there is nothing to distinguish the applicants' claim to be persecuted by reason of membership in

¹⁹ Session of September 6, 1990. Case, p. 150, 1.23 to p. 152, 1.8. These reasons dealt with the merits; the Charter and Bill of Rights and international law arguments had been dismissed at an earlier session.

- b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées;
- c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

Il suffit de se remémorer l'histoire récente du Cambodge pour reconnaître la possibilité de la persécution générale de la population par un régime national. En toute déférence, il ne va pas de soi que les nationaux d'un pays qui ont fui ce dernier ne puissent pas craindre avec raison d'être persécutés du fait de leur nationalité s'ils étaient renvoyés dans ce pays. Le dossier contient de nombreux éléments de preuve relatifs aux conditions existantes à Haïti, dont le traitement des Haïtiens qui ont été rapatriés de force par les États-Unis. Leur crédibilité n'a pas été mise en doute. Il appartient à la section du statut de réfugié, et non à l'audience de présélection, de soulever ces éléments de preuve et de décider s'ils appuient l'élément objectif de la revendication des requérants.

Dans ses [TRADUCTION] «motifs de décision sur le minimum de fondement»¹⁹ relativement brefs, le tribunal n'a nullement fait mention des questions qu'il doit expressément examiner aux termes des alinéas a) et b) du paragraphe 46.01(6). Bien que l'on ne puisse aucunement en conclure que les éléments de preuve, qui étaient nombreux, n'ont pas été considérés, c'est plutôt surprenant dans le cas de demandeurs haïtiens. Étant donné la formulation erronée par le tribunal du moyen fondé sur la nationalité, j'estime peu sage de présumer que les éléments de preuve ont été considérés de façon appropriée.

Le groupe social auquel les requérants affirment appartenir est celui des pauvres et des déshérités de Haïti. Le tribunal a souligné que la preuve documentaire établissait que la population haïtienne est considérablement pauvre et déshéritée. Les requérants ne se sont pas penchés sur cet argument dans leur exposé des points d'argument, bien que leur avocat y ait fait allusion en passant dans sa plaidoirie. Si je comprends bien le tribunal, je suis porté à être d'accord avec lui sur le point suivant: rien ne distingue la prétention des requérants d'être persécutés du fait de

¹⁹ Séance du 6 septembre 1990. Dossier, p. 150, 1.23 à la p. 152, 1.8. Ces motifs traitaient du bien-fondé de la revendication. Les moyens fondés sur la Charte, la Déclaration des droits et le droit international avaient été rejetés au cours d'une séance antérieure.

that particular social group from their claim to be persecuted by reason of Haitian nationality itself.

As to political opinion, the only basis for that claim would, again, appear to be entirely dependent on their fear of returning to Haiti because of the treatment they might incur. The applicants attested to no political views or activities or past harassment because of political opinions. Rather, as stated in their memorandum, they rely on documentary evidence which, they say, "shows that the Government of Haiti views those who resist return to Haiti as opposed to the Government and persecutes them for that reason." This, like the claim based on membership in the social group of the poor and disadvantaged, seems on the evidence to be no more than a restatement of the claim based on nationality.

The tribunal found significant the fact that the applicants had applied to Canada for immigrant visas before leaving Haiti. That may be relevant to a second level determination weighing the evidence and deciding whether a person really is outside and unwilling to return to his or her country of nationality because of fear of persecution. It does seem to me that a desire to emigrate and fear of persecution in one's country can hardly be mutually exclusive. If one can depart the place where one fears persecution by lawful emigration, that would seem an eminently satisfactory resolution. That a person has sought to emigrate strikes me as a feeble basis for questioning the credibility of that person's evidence of fear of persecution at home.

The applicants had a number of other complaints about the tribunal's reasons which, in view of the disposition I would make of their applications, need not be dealt with. In conclusion, I see either no merit or no relevance in the arguments based on the Charter and the Bill of Rights and I see no relevance in the arguments based on international law. I do, however, find that the first level tribunal did err in approaching the applicants' claim on the merits as it did.

leur appartenance à ce groupe social particulier, de leur prétention d'être persécutés du fait de leur nationalité haïtienne elle-même.

a Pour ce qui est de la revendication fondée sur des opinions politiques, son seul fondement semble lui aussi dépendre entièrement de la crainte des requérants de retourner à Haïti en raison du traitement qu'ils pourraient subir. Ils n'ont pas fait état d'opinions ni d'activités politiques, ni prétendu avoir été harcelés en raison d'opinions politiques. Ils s'appuient plutôt, comme il est dit dans leur exposé, sur une preuve documentaire qui, affirment-ils, [TRADUCTION] «montre que le gouvernement de Haïti considère que ceux qui refusent de retourner à Haïti lui sont opposés, et qu'il les persécute pour ce motif.» Ceci, tout comme la revendication fondée sur l'appartenance au groupe social des pauvres et des déshérités, semble selon la preuve être rien de plus qu'une nouvelle formulation de la revendication fondée sur la nationalité.

e Le tribunal a trouvé significatif que les requérants aient demandé au Canada un visa d'immigrant avant de quitter Haïti. Cela peut être pertinent au second palier d'audience, où l'on soupèse les éléments de preuve et l'on décide si une personne est réellement sortie du pays dont elle a la nationalité et ne veut pas y retourner parce qu'elle craint d'être persécutée. Il me semble bien que le désir d'émigrer et la crainte d'être persécuté dans son propre pays peuvent difficilement s'exclure l'un l'autre. S'il était possible à une personne de quitter le pays où elle craint d'être persécutée en émigrant légalement, cette solution semblerait des plus satisfaisantes. Le fait qu'une personne ait cherché à émigrer me semble un bien faible motif pour mettre en doute la crédibilité de son témoignage selon lequel elle craint d'être persécutée dans son pays.

i Les requérants ont formulé d'autres objections à l'endroit des motifs du tribunal; étant donné la façon dont je statuerai sur leurs demandes, je n'ai pas à en traiter. Pour conclure, je ne trouve soit aucun bien-fondé, soit aucune pertinence aux moyens fondés sur la Charte et la Déclaration des droits, et je ne vois aucune pertinence dans les moyens fondés sur le droit international. Je conclus toutefois que le premier palier d'audience a commis une erreur en considérant

I would, therefore, allow both section 28 applications. As to file no. A-993-90, I would set aside the finding, made September 6, 1990, by adjudicator K. D. Fussey and Refugee Board member R. Rushowy that there was no credible or trustworthy evidence upon which the Refugee Division might find the applicants to be Convention refugees and the ensuing departure notices given to the applicants by adjudicator K. D. Fussey October 1, 1990, and remit the matter to the tribunal for reconsideration in a manner not inconsistent with these reasons. As to file no. A-222-91, I would set aside the deportation orders dated December 28, 1990, made against the applicants by adjudicator Lyle Moffatt.

HEALD J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

la revendication des requérants selon son bien-fondé comme il l'a fait.

J'accueillerais par conséquent les deux demandes fondées sur l'article 28. Pour ce qui est du dossier A-993-90, j'annulerais d'une part, la conclusion de l'arbitre K. D. Fussey et du membre de la section du statut R. Rushowy, en date du 6 septembre 1990, qu'il n'existait pas d'éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut pouvait se fonder pour reconnaître aux requérants le statut de réfugiés au sens de la Convention et d'autre part, les avis d'interdiction de séjour subséquents donnés aux requérants par l'arbitre K. D. Fussey le 1^{er} octobre 1990, et je renverrais l'affaire au tribunal pour un nouvel examen compatible avec ces motifs. Quant au dossier n° A-222-91, j'annulerais les mesures d'expulsion en date du 28 décembre 1990, prises contre les requérants par l'arbitre Lyle Moffatt.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.