

IMM-4357-09
2010 FC 638

IMM-4357-09
2010 CF 638

Wayne Anthony Hillary (*Applicant*)

Wayne Anthony Hillary (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: HILLARY v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : HILLARY c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Russell J.—Toronto, March 30; Ottawa, June 11, 2010.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 30 mars; Ottawa, 11 juin 2010.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board Immigration Appeal Division (IAD) decision refusing applicant's request to reopen appeal on basis applicant not establishing that first IAD panel (panel) failing to observe principle of natural justice — Applicant, adult Canadian permanent resident suffering from mental illness, ordered deported twice — At appeal from second deportation order, applicant represented by counsel, not requesting designated representative — Based on plain reading of Immigration and Refugee Protection Act, s. 167(2), in case of adult applicant, panel obliged to appoint personal representative only if applicant unable, in panel's opinion, to appreciate nature of proceedings — In case herein, panel knowing that applicant suffering from mental illness but nothing indicating illness preventing applicant from understanding nature of proceedings — Panel not automatically obliged to undertake inquiry as to applicant's understanding of proceedings simply because diagnosed with mental illness — Such inquiry triggered by panel's own opinion — In case herein, panel observing nothing to suggest designated representative needed — Applicant's procedural fairness not breached — Application dismissed — Question certified.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande du demandeur visant la réouverture de son appel au motif que ce dernier n'avait pas démontré que le premier tribunal (le tribunal) de la SAI n'a pas respecté un principe de justice naturelle — Le demandeur, un résident permanent adulte du Canada souffrant d'une maladie mentale, a fait l'objet de deux mesures d'expulsion — Lors de l'appel interjeté à l'encontre de la deuxième mesure d'expulsion, le demandeur a été représenté par un avocat, n'a pas demandé un représentant désigné — L'art. 167(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés indique qu'un tribunal ne doit désigner un représentant pour quelqu'un qui n'est pas mineur que si, selon lui, la personne en question n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure — En l'espèce, le tribunal savait que le demandeur souffrait d'une maladie mentale, mais rien n'indiquait que sa schizophrénie l'empêchait de comprendre la nature de la procédure — Le tribunal ne doit pas automatiquement mener une enquête pour savoir si le demandeur comprend la procédure simplement parce qu'il souffre d'une maladie mentale — Le tribunal peut mener une telle enquête s'il le juge nécessaire — En l'espèce, le tribunal n'a rien remarqué qui portait à croire que la désignation d'un représentant était nécessaire — Il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale — Demande rejetée — Question certifiée.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board refusing the applicant's request to reopen his appeal. The applicant, Jamaican, came to Canada at age 13 and acquired permanent resident status. He never applied for citizenship though. Later on, he was diagnosed with HIV and schizophrenia. Because of the applicant's lengthy

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande du demandeur visant la réouverture de son appel. Le demandeur, un Jamaïcain, est arrivé au Canada à l'âge de 13 ans et a obtenu le statut de résident permanent. Cependant, il n'a jamais demandé la

criminal background, he was ordered deported twice. While the first deportation order was quashed, his appeal from the second deportation order was dismissed by the first IAD panel (panel). The IAD found that where it is apparent that an appellant may not appreciate the nature of the proceedings, further inquiry and possibly the appointment of a designated representative is required. The IAD noted that the applicant was represented by counsel and that no request for a designated representative had been made. Because the applicant had not established that the panel failed to observe a principle of natural justice, the IAD denied his application to reopen the appeal.

The issues were whether the panel that heard the applicant's initial application erred in failing to advise the applicant of the possibility of having a designated representative and asking whether one was required; and whether the IAD used the wrong test in determining whether a breach of fairness had occurred during the applicant's application to reopen his appeal.

Held, the application should be dismissed.

Section 72 and subsection 167(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* were applicable in these proceedings. In the case of the applicant, who was not a minor, the obligation of the panel to appoint a personal representative only arises if the applicant was unable, in the opinion of the panel, to appreciate the nature of the proceedings. The applicant's position that, because there was evidence he was schizophrenic, the panel should have embarked upon an inquiry into whether he needed a designated representative was not supported by any authority. The IAD's conclusion that the evidence in this case implied that the appellant would like to have presented his case better and not that the panel should have been alerted to the need for a designated representative was neither unreasonable nor incorrect. The plain reading of subsection 167(2) read in context states that a Division need only designate a representative for someone who is not a minor if it forms an opinion that the person in question is unable to appreciate the nature of the proceedings. Therefore, what is required to achieve procedural fairness will depend upon the full context of each case. In this case, the panel knew that the applicant had schizophrenia but there was nothing to indicate that his schizophrenia prevented him from understanding the nature of the proceedings.

The most relevant guidance in the area at issue was found in the Immigration and Refugee Board of Canada's *Guide to Proceedings Before the Immigration Division* (Guide), in which Chapter 7 focuses specifically on persons who are

citoyenneté. Par la suite, il a appris qu'il était atteint du VIH et de schizophrénie. Le demandeur a fait l'objet de deux mesures d'expulsion en raison de ses nombreux antécédents criminels. Même si la première mesure d'expulsion a été annulée, le premier tribunal de la SAI (le tribunal) a rejeté l'appel interjeté à l'encontre de la deuxième mesure d'expulsion. La SAI a conclu que lorsqu'il constate qu'un demandeur ne peut manifestement pas comprendre la nature de la procédure, le commissaire doit procéder à un examen plus poussé et éventuellement lui nommer un représentant. La SAI a indiqué que le demandeur était représenté par un avocat et qu'aucune demande de représentant désigné n'avait été présentée. Comme le demandeur n'avait pas établi que le tribunal a manqué à un principe de justice naturelle, la SAI a rejeté sa demande visant la réouverture de l'appel.

Les questions litigieuses étaient celles de savoir si le tribunal ayant instruit la demande initiale du demandeur a commis une erreur en ne l'avisant pas de la possibilité de lui désigner un représentant et en ne se demandant pas s'il convenait d'en nommer un, et si la SAI a appliqué le mauvais critère pour déterminer s'il y a eu manquement à l'équité dans le cadre de la demande du demandeur visant la réouverture de son appel.

Jugement : la demande doit être rejetée.

L'article 72 et le paragraphe 167(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* s'appliquaient en l'espèce. Dans le cas du demandeur, qui n'était pas mineur, l'obligation du tribunal de nommer un représentant personnel ne s'impose que si le demandeur n'est pas, selon le tribunal, en mesure de comprendre la nature de la procédure. Aucune source n'étayait la position du demandeur portant que le tribunal aurait dû se renseigner pour savoir s'il avait besoin d'un représentant désigné parce que la preuve indiquait qu'il était schizophrène. La conclusion de la SAI selon laquelle la preuve en l'espèce laissait entendre que l'appelant aurait préféré avoir mieux présenté son cas et non que le tribunal aurait dû être alerté de la nécessité de lui désigner un représentant n'était ni déraisonnable ni incorrecte. Le paragraphe 167(2), interprété dans son contexte, indique qu'une section ne doit désigner un représentant pour quelqu'un qui n'est pas mineur que si, selon elle, la personne en question n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure. Par conséquent, ce qui est requis pour respecter l'équité procédurale dépendra des faits de chaque cas. En l'espèce, le tribunal savait que le demandeur était schizophrène, mais rien n'indiquait que sa schizophrénie l'empêchait de comprendre la nature de la procédure.

Les indications qui conviennent le mieux dans ce domaine figurent dans le *Guide des procédures de la Section de l'immigration* (le Guide) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. Le chapitre 7 du Guide porte

unable to appreciate the nature of the proceedings. Chapter 7 considers mental illness in the context of understanding the nature of the proceedings and says that, while a person may have a mental illness or limited intellectual skills, he or she may still be able to appreciate the nature of the proceedings. While the case law in this area is not fully developed, two cases that provide guidance on the issues herein are *Sharma v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* and *Abdousafi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. These cases state that the panel's determination of whether an applicant requires a designated representative is to be made on the basis of the individual's apparent understanding of the proceedings and the questions asked by the panel. The Guide and the case law do not suggest that there is an automatic obligation for a panel to undertake an inquiry as to an applicant's understanding of the proceedings simply because he or she has been diagnosed with schizophrenia or any other mental illness. Rather, both suggest that such an inquiry is triggered by the panel's own opinion. In this instance, the panel observed nothing to suggest that a designated representative was necessary. Furthermore, neither counsel nor the parties to the hearing reported any concern regarding the applicant's ability to appreciate the nature of the proceedings either before or during the hearing. Accordingly, the applicant's procedural fairness was not breached herein.

The IAD's findings about whether a designated representative would have made any difference and its use of the word "would" instead of "could" were to be considered in conjunction with its findings that there was nothing in the applicant's behaviour that should have alerted the panel to the need for a designated representative. On this aspect of the decision, the IAD applied too high a test and should have inquired whether a designated representative "could" have made a difference. Nevertheless, whether a designated representative could or would have made a difference was an alternative finding and ground for refusing the application to reopen. The IAD made no reviewable error in regard to whether the panel correctly assessed the issue.

Finally, the question of whether a duty arises in the IAD to determine, in accordance with subsection 167(2) of the Act, whether an appellant is capable of understanding the nature of the appeal proceedings when evidence is presented that the appellant is suffering from a mental illness was certified.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 71, 72(1), 167(2).

précisément sur les personnes qui ne sont pas en mesure de comprendre la nature de la procédure. Le chapitre 7 traite de la maladie mentale dans le contexte de la compréhension de la nature de la procédure et indique qu'une personne peut souffrir d'une maladie mentale ou avoir des capacités intellectuelles amoindries, mais être néanmoins capable de comprendre la nature de la procédure. Même si la jurisprudence dans ce domaine n'est pas entièrement établie, deux décisions aident à trancher les questions soulevées en l'espèce, soit *Sharma c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* et *Abdousafi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Ces décisions précisent que la décision du tribunal quant à la question de savoir si un demandeur a besoin d'un représentant désigné doit être prise en examinant si la personne comprend bien la procédure et les questions qu'il lui pose. Le Guide et la jurisprudence n'indiquent pas que le tribunal doit automatiquement mener une enquête pour savoir si le demandeur comprend la procédure simplement parce qu'il souffre de schizophrénie ou d'une autre maladie mentale. La jurisprudence et le Guide semblent plutôt indiquer que le tribunal peut mener une telle enquête s'il le juge nécessaire. En l'espèce, le tribunal n'a rien remarqué qui portait à croire que la désignation d'un représentant était nécessaire. De plus, ni les avocats ni les parties à l'audience ne se sont dits préoccupés par la capacité du demandeur à comprendre la nature de la procédure avant ou pendant l'audience. Par conséquent, il n'y a pas eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce.

Les conclusions de la SAI concernant la question de savoir si un représentant désigné aurait fait une différence ainsi que son utilisation du mot « aurait » au lieu de « pourrait » devaient être examinées conjointement avec la conclusion de la SAI portant que rien dans les éléments associés à sa conduite n'auraient dû alerter le tribunal quant à la nécessité de commettre d'office un représentant. En ce qui a trait à cet aspect de la décision, la SAI a appliqué un critère trop rigoureux et aurait dû se demander si un représentant désigné « aurait pu » faire une différence. Néanmoins, la question de savoir si un représentant désigné aurait pu faire une différence, ou aurait fait une différence, était un motif subsidiaire pour rejeter la demande de réouverture. La SAI n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle à l'égard de la question de savoir si le tribunal a correctement examiné la question.

Enfin, la question de savoir si la SAI a l'obligation de déterminer, conformément au paragraphe 167(2) de la Loi, si le demandeur est en mesure de comprendre la nature de la procédure d'appel lorsqu'il est prouvé que le demandeur souffre d'une maladie mentale a été certifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 71, 72(1), 167(2).

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Zambrano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 481, 326 F.T.R. 174; *Sharma v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 908; *Abdousafi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1372.

DISTINGUISHED:

Duale v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 150, 40 Imm. L.R. (3d) 165; *Vashee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1104, 280 F.T.R. 243, 49 Imm. L.R. (3d) 298.

CONSIDERED:

Black v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FC 703, 82 Imm. L.R. (3d) 79.

REFERRED TO:

Sibaja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 1079; *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 148, 289 N.R. 165; *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 461, [2007] 1 F.C.R. 107, 40 Admin. L.R. (4th) 159, 54 Imm. L.R. (3d) 27; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, 318 N.R. 365; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, 80 Imm. L.R. (3d) 1, 391 N.R. 366.

AUTHORS CITED

Immigration and Refugee Board of Canada. *Guide to Proceedings before the Immigration Division*, August 2005, online: <http://www.irb.gc.ca/Eng/brdcom/references/legjur/idsi/guide/Documents/idguide_e.pdf>.

Immigration and Refugee Board of Canada. *Guideline 8: Guideline on Procedures with Respect to Vulnerable Persons appearing before the IRB*, December 15, 2006, online: <http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/brdcom/references/pol/guidir/Documents/vulnerable_e.pdf>.

APPLICATION for judicial review of a decision (2009 CanLII 78651) of the Immigration Appeal Division of

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Zambrano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 481; *Sharma c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 908; *Abdousafi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1372.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 150; *Vashee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1104.

DÉCISION EXAMINÉE :

Black c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CF 703.

DÉCISIONS CITÉES :

Sibaja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 1079; *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148; *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 461, [2007] 1 R.C.F. 107; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129.

DOCTRINE CITÉE

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. *Directives n° 8 : Directives sur les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaisent devant la CISR*, 15 décembre 2006, en ligne : <http://www.irb-cisr.gc.ca/fra/brdcom/references/pol/guidir/documents/vulnerable_f.pdf>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. *Guide des procédures de la Section de l'immigration*, août 2005, en ligne : <http://www.irb.gc.ca/Fra/brdcom/references/legjur/idsi/guide/Documents/idguide_f.pdf>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision (2009 CanLII 78651) par laquelle la Section d'appel de

the Immigration and Refugee Board refusing the applicant's request to reopen his appeal from a removal order of the IRB (2007 CanLII 79864). Application dismissed.

l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande du demandeur visant la réouverture de son appel à l'encontre d'une mesure de renvoi de la CISR (2007 CanLII 79864). Demande rejetée.

APPEARANCES

Aadil Mangalji for applicant.
Kristina S. Dragaitis for respondent.

ONT COMPARU

Aadil Mangalji pour le demandeur.
Kristina S. Dragaitis pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Long Mangalji LLP Immigration Law Group, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Long Mangalji LLP Immigration Law Group, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

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

[1] RUSSELL J.: This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board, dated August 7, 2009 [*Hillary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 CanLII 78651] (decision), in which the IAD refused the applicant's request to reopen his appeal.

[1] LE JUGE RUSSELL : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), à l'égard de la décision du 7 août 2009 [*Hillary c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CanLII 78651] (la décision) par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande du demandeur visant la réouverture de son appel.

BACKGROUND

[2] The applicant was born in Jamaica. He came to Canada in 1981 at the age of 13 and acquired permanent resident status. He never applied for citizenship.

LE CONTEXTE

[2] Le demandeur est né en Jamaïque. Il est venu au Canada en 1981 à l'âge de 13 ans et a obtenu le statut de résident permanent. Il n'a jamais demandé la citoyenneté.

[3] The applicant was diagnosed with HIV and schizophrenia in 1989.

[3] Le demandeur a su qu'il était atteint du VIH et de schizophrénie en 1989.

[4] The applicant has a lengthy criminal history dating back to 1987. Because of his criminal activities, the applicant was ordered deported in 1991. This order was stayed for a period of five years. The IAD then allowed

[4] Le demandeur a de nombreux antécédents criminels qui remontent jusqu'en 1987. En raison de ses activités criminelles, le demandeur a fait l'objet d'une mesure d'expulsion en 1991. Cette mesure a été suspendue

the applicant's appeal and quashed the deportation order in March 1998.

[5] The applicant was ordered removed again in April 2007 as a result of a conviction for robbery. His appeal of this decision was dismissed by the first IAD panel [*Hillary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 CanLII 79864] (panel). The applicant then applied to have his file reopened pursuant to section 71 of the Act. This application was refused by the IAD.

DECISION UNDER REVIEW

[6] The IAD found that where it is apparent that an appellant may not appreciate the nature of the proceedings, further inquiry and possibly the appointment of a designated representative is required.

[7] The IAD noted that the applicant was represented by counsel and that no request for a designated representative had been made.

[8] Moreover [at paragraph 6], because the applicant had been previously ordered deported from Canada and had undergone an appeal process from that decision, he “ha[d] a much greater familiarity with the process than someone coming before the IAD for the first time.”

[9] The IAD noted that the panel that had heard his appeal was aware of the applicant's schizophrenia and referred to it multiple times in its decision to dismiss his appeal. There is nothing in the panel's decision indicating that the applicant did not understand the nature of the proceedings. Indeed, the applicant provided evidence at the hearing to support his application.

[10] The IAD found it noteworthy that more than two years had passed between the dismissal of the applicant's appeal and his application to reopen the appeal. Furthermore, the IAD noted [at paragraph 6] that the applicant:

pendant cinq ans. La SAI a ensuite accueilli l'appel du demandeur et annulé la mesure d'expulsion en mars 1998.

[5] Le demandeur a encore fait l'objet d'une mesure d'expulsion en avril 2007 à la suite d'une condamnation pour vol. Le premier tribunal de la SAI [*Hillary c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CanLII 79864] (le tribunal) a rejeté l'appel qu'il a interjeté à l'encontre de cette décision. Le demandeur a ensuite demandé la réouverture de son dossier sur le fondement de l'article 71 de la Loi. La SAI a rejeté cette demande.

LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[6] La SAI a conclu que lorsqu'il constate qu'un demandeur ne peut manifestement pas comprendre la nature de la procédure, le commissaire doit procéder à un examen plus poussé et éventuellement lui nommer un représentant.

[7] La SAI a indiqué que le demandeur était représenté par un avocat et qu'aucune demande de représentant désigné n'avait été présentée.

[8] De plus [au paragraphe 6], puisque le demandeur avait antérieurement fait l'objet d'une mesure d'expulsion du Canada et qu'il avait interjeté appel de cette décision, il « est beaucoup plus au fait du processus qu'une personne qui se présente devant la SAI pour la première fois ».

[9] La SAI a indiqué que le tribunal ayant instruit l'appel savait que le demandeur souffrait de schizophrénie et l'a mentionné à plusieurs reprises dans sa décision de rejeter l'appel. Rien dans la décision du tribunal n'indique que le demandeur ne comprenait pas la nature de la procédure. En effet, le demandeur a présenté des éléments de preuve à l'audience à l'appui de sa demande.

[10] La SAI a porté une attention particulière au fait que plus de deux ans s'étaient écoulés entre le rejet de l'appel du demandeur et sa demande visant la réouverture de l'appel. De plus, la SAI a indiqué [au paragraphe 6] que le demandeur :

... ha[d] not argued that any request for a designated representative was put forth or that anything in the appellant's behaviour or demeanor should have alerted the panel to the need for a designated representative.

Rather, the IAD determined that the applicant was arguing that the appointment of a designated representative should have been considered because the panel was aware of the applicant's schizophrenia.

[11] The IAD noted that not all persons suffering from schizophrenia are incapable of appreciating the nature of the proceedings and so require a designated representative. In this case, the applicant instructed counsel and testified on his own behalf. Furthermore, counsel for the applicant did not raise any concern with regard to the applicant's ability to instruct or appreciate the nature of the proceedings. There was no evidence before the IAD in this instance to demonstrate that the applicant was unable to tell his story.

[12] The applicant would have liked to make a better presentation of his case to the panel. The panel's decision [at paragraph 30] was based in part on the lack of evidence as to the "facilities, medicine and programs" available to those in Jamaica requiring treatment for HIV and schizophrenia. The panel also took into account that the applicant's mother and sister did not attend the hearing or provide letters in support, that the psychological evidence before the panel was dated, and that the applicant had "almost completely denied any criminal involvement in relation to the offences on his record" [decision, at paragraph 7]. The IAD [at paragraph 7] determined that the panel's findings "point more to a failure in appeal strategy or preparedness that may reflect on counsel decisions rather than revealing an inability to appreciate the nature of the proceedings."

[13] The IAD also determined that the inadequacy of the applicant's presentation was not due to a failure on the panel's part to "observe a principle of natural justice". In the words of the IAD [at paragraph 9]:

[...] n'a[vait] pas soutenu avoir présenté une demande de représentant désigné ou encore que des éléments associés à sa conduite ou à son attitude auraient dû alerter le tribunal quant à la nécessité de commettre d'office un représentant.

La SAI a plutôt conclu que selon le demandeur, la désignation d'un représentant aurait dû être envisagée puisque le tribunal savait qu'il souffrait de schizophrénie.

[11] La SAI a souligné que les personnes souffrant de schizophrénie ne sont pas toutes incapables de comprendre la nature de la procédure et n'ont donc pas toutes besoin d'un représentant désigné. En l'espèce, le demandeur a mandaté un avocat et a témoigné pour son propre compte. De plus, l'avocat du demandeur n'a soulevé aucune préoccupation quant à la capacité du demandeur à mandater un avocat ou à comprendre la nature de la procédure. Rien dans la preuve dont disposait la SAI n'indiquait que le demandeur était incapable de raconter son histoire.

[12] Le demandeur aurait aimé mieux présenter sa preuve au tribunal. La décision du tribunal [au paragraphe 30] était fondée en partie sur l'absence de preuve concernant « [des] installations, [des] médicaments et [des] programmes » disponibles en Jamaïque pour traiter les personnes atteintes du VIH et de schizophrénie. Le tribunal a tenu compte du fait que la mère et la sœur du demandeur n'ont pas assisté à l'audience ni fourni de lettres à l'appui, que la preuve psychologique dont dispose le tribunal est désuète et que le demandeur avait « presque entièrement nié son implication criminelle en lien avec les infractions qui figurent à son dossier » [la décision, au paragraphe 7]. La SAI [au paragraphe 7] a estimé que les conclusions du tribunal « soulignent davantage l'échec de la stratégie adoptée à l'appel ou une préparation insuffisante, éléments qui peuvent découler des décisions du conseil, qu'ils ne révèlent une incapacité à comprendre la nature de la procédure ».

[13] La SAI a également conclu que le caractère inadéquat de la présentation du demandeur n'était pas attribuable à un manquement de la part du tribunal « à un principe de justice naturelle ». Selon la SAI [au paragraphe 9] :

... one cannot look at the Member's observation about the failings in the appellant's case and deduce that a designated representative would have dealt with those failings in a manner that would have provided a different outcome.

[14] Indeed, the IAD found that the availability of a designated representative would not have affected the panel's negative findings with regard to the applicant's lack of remorse and rehabilitation. Furthermore, the IAD determined [at paragraph 9] that:

... there is no basis to conclude that a designated representative would have instructed counsel to present evidence about country conditions in relation to HIV and schizophrenia treatment or arranged for the appellant's mother or sister to testify.

[15] Because the applicant had not established that the panel failed to observe a principle of natural justice, his application to reopen the appeal was denied.

ISSUES

[16] The issues on this application can be summarized as follows:

1. Whether the panel that heard the applicant's initial application erred in failing to advise the applicant of the possibility of having a designated representative and asking whether one was required;
2. Whether the IAD used the wrong test in determining whether a breach of fairness occurred during the applicant's application to reopen his appeal.

STATUTORY PROVISIONS

[17] The following provisions of the Act are applicable in these proceedings:

Reopening appeal **71.** The Immigration Appeal Division, on application by a foreign national who has not left

[...] il ne convient pas de prendre connaissance des observations du commissaire au sujet des lacunes de la cause de l'appellant et de déduire qu'un représentant désigné aurait réussi à combler ces lacunes de manière à modifier l'issue de l'appel.

[14] En effet, la SAI a conclu que la désignation d'un représentant n'aurait pas eu d'incidence sur les conclusions défavorables du tribunal en ce qui a trait au manque de remords et de réadaptation du demandeur. De plus, la SAI a conclu ce qui suit [au paragraphe 9] :

[...] rien ne permet de conclure qu'un représentant désigné aurait mandaté un conseil pour qu'il présente des éléments de preuve au sujet de la situation dans le pays pour ce qui est du traitement du VIH et de la schizophrénie ou fait en sorte que la mère ou la sœur de l'appelant témoignent.

[15] Comme le demandeur n'avait pas établi que le tribunal a manqué à un principe de justice naturelle, sa demande visant la réouverture de l'appel a été rejetée.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[16] Les questions à l'égard de la présente demande peuvent être résumées comme suit :

1. Le tribunal ayant instruit la demande initiale du demandeur a-t-il commis une erreur en ne l'avisant pas de la possibilité de lui désigner un représentant et en ne se demandant pas s'il convenait d'en nommer un?
2. La SAI a-t-elle appliqué le mauvais critère pour déterminer s'il y a eu manquement à l'équité dans le cadre de la demande du demandeur visant la réouverture de son appel?

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[17] Les dispositions suivantes de la Loi s'appliquent à la présente instance :

71. L'étranger qui n'a pas quitté le Canada à la suite de la mesure de renvoi peut demander la Réouverture de l'appel

Canada under a removal order, may reopen an appeal if it is satisfied that it failed to observe a principle of natural justice.

réouverture de l'appel sur preuve de manquement à un principe de justice naturelle.

...

[...]

167. ...

167. [...]

Representa-
tion

(2) If a person who is the subject of proceedings is under 18 years of age or unable, in the opinion of the applicable Division, to appreciate the nature of the proceedings, the Division shall designate a person to represent the person.

(2) Est commis d'office un représentant à l'intéressé qui n'a pas dix-huit ans ou n'est pas, selon la section, en mesure de comprendre la nature de la procédure.

Représenta-
tion

STANDARD OF REVIEW

LA NORME DE CONTRÔLE

[18] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, held that a standard of review analysis need not be conducted in every instance. Instead, where the standard of review applicable to the particular question before the court is well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis.

[18] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a conclu qu'il n'est pas toujours nécessaire de procéder à une analyse de la norme de contrôle. En fait, lorsque la norme de contrôle applicable à une question particulière soumise au tribunal de révision est bien établie par la jurisprudence, ce dernier doit adopter cette norme. Si elle ne l'est pas, alors le tribunal de révision doit tenir compte des quatre facteurs se rapportant à l'analyse de la norme de contrôle.

[19] Issues of procedural fairness are to be considered on a standard of correctness. See *Dunsmuir*, above, at paragraphs 126 and 129. Accordingly, correctness is the appropriate standard to use in considering whether the panel erred by failing to inform the applicant about the possibility of the appointment of a designated representative.

[19] Les questions d'équité procédurale sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. Voir l'arrêt *Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 126 et 129. Par conséquent, il convient d'appliquer la norme de la décision correcte pour décider si le tribunal a commis une erreur en n'avisant pas le demandeur de la possibilité de lui désigner un représentant.

[20] Correctness is also the appropriate standard with which to consider whether or not the IAD applied the appropriate legal test to the case at hand. Based on the Supreme Court's ruling in *Dunsmuir*, questions of law may be reviewable on a reasonableness standard, if they are not legal questions "of central importance to the legal system as a whole and outside [a decision maker's] specialized area of expertise". See *Dunsmuir*, above, at paragraphs 55 and 60. However, in accordance with the analysis of Justice Dawson in *Zambrano v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

[20] Il convient également d'appliquer la norme de la décision correcte pour décider si la SAI a appliqué le bon critère juridique en l'espèce. Suivant l'arrêt *Dunsmuir* de la Cour suprême, les questions de droit peuvent être assujetties à la norme de la raisonabilité, si elles ne sont pas d'« une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise [du décideur] ». Voir l'arrêt *Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 55 et 60. Toutefois, dans la décision *Zambrano c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 481, la

2008 FC 481, 326 F.T.R. 174, as in the case at hand [at paragraph 30]:

Having regard to the absence of a privative clause, the relative lack of expertise on the part of an officer to appreciate whether he or she has applied the wrong test at law, and the importance of ensuring that officers apply the test that Parliament has prescribed, I conclude that the question of whether the officer applied the correct test is reviewable on the correctness standard.

In my view then, correctness is the appropriate standard in considering whether the IAD applied the correct legal test.

ARGUMENTS

The Applicant

Designated Representative

[21] The applicant submits that there is an obligation under subsection 167(2) of the Act to designate a representative for an applicant who cannot appreciate the nature of the proceedings. This obligation arises at “the earliest point in time at which the Board became aware of facts which revealed the necessity of . . . a designated representative.” See *Duale v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 150, 40 Imm. L.R. (3d) 165 [at paragraph 1]. A failure to comply with this obligation is an error in jurisdiction which renders the decision void. See, for example, *Vashee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1104, 280 F.T.R. 243; *Sibaja v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1079; *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 148, 289 N.R. 165.

[22] In this instance, the panel was aware of the applicant’s mental illness. However, the panel did not examine the applicant with regard to his condition or his appreciation of the nature of the proceedings. As described in his affidavit, it was only after the hearing that it became clear that the applicant did not fully comprehend the nature of the proceedings.

juge Dawson a exposé l’analyse suivante, laquelle est également applicable à l’espèce [au paragraphe 30] :

Vu l’absence d’une clause privative, le fait qu’un agent d’ERAR n’a pas véritablement la spécialisation requise pour juger de la pertinence du critère qu’il a appliqué, de même que l’importance de s’assurer que les agents d’ERAR appliquent le critère fixé par le législateur, je suis d’avis que la question de savoir si l’agente a appliqué ici le bon critère doit être revue selon la norme de la décision correcte.

À mon sens, il convient donc d’appliquer la norme de la décision correcte pour examiner si la SAI a appliqué le bon critère juridique.

LES ARGUMENTS

Le demandeur

Le représentant désigné

[21] Le demandeur soutient que le paragraphe 167(2) de la Loi oblige la section à désigner un représentant au demandeur qui ne peut comprendre la nature de la procédure. Cette obligation s’impose « dès que la Commission [prend] connaissance des faits qui [révèlent] la nécessité de nommer un représentant commis d’office ». Voir la décision *Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 150 [au paragraphe 1]. Le défaut de respecter cette obligation constitue une erreur de compétence qui a pour effet de vicier l’ensemble de la décision. Voir, par exemple, les décisions *Vashee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1104; *Sibaja c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 1079; *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CAF 148.

[22] En l’espèce, le tribunal savait que le demandeur souffrait d’une maladie mentale. Toutefois, il n’a pas examiné le demandeur eu égard à sa condition ou à sa compréhension de la nature de la procédure. Comme il est décrit dans son affidavit, ce n’est qu’après l’audience qu’il s’est avéré que le demandeur ne comprenait pas entièrement la nature de la procédure.

Wrong Legal Test

[23] The test to determine whether a breach of procedural fairness has occurred was stated by Justice Dawson in *Duale*, above. In *Duale* [at paragraph 20], an application for judicial review was allowed on the basis that Justice Dawson could not “safely conclude that the failure to appoint a designated representative could not have had an adverse effect on the outcome of the claim.”

[24] Accordingly, what is important is whether the failure to appoint a designated representative *could* have affected the final outcome of the claim. The applicant stresses the low legal threshold that exists to consider whether a designated representative ought to have been appointed. Indeed, this consideration should be determined on possibility rather than certainty. The applicant submits that the purpose of this low threshold is to ensure fairness for the most vulnerable individuals (children and individuals living with mental illness) in the legal system.

[25] The IAD erred in applying a higher threshold than that set out by Justice Dawson in *Duale*: rather than considering whether a designated representative *could* have changed the outcome, the IAD instead considered whether the presence of a designated representative *would* have changed the outcome. The applicant’s application to reopen his appeal was rejected on the basis that [at paragraph 9] “one cannot look at the Member’s observations about the failings in the appellant’s case and deduce that a designated representative would have dealt with those failings in a manner that would have provided a different outcome” (emphasis added). Furthermore, the IAD stated [at paragraph 9] that:

Similarly there is no basis to conclude that a designated representative would have instructed counsel to present evidence about country conditions in relation to HIV and schizophrenia treatment or arranged for the appellant’s mother or sister to testify.

The IAD erred in applying a higher legal threshold to this issue than was necessary, as per the case of *Duale*.

Le mauvais critère juridique

[23] Le critère pour déterminer s’il y a eu manquement à l’équité procédurale a été établi par la juge Dawson dans la décision *Duale*, précitée. Dans cette décision [au paragraphe 20], la juge Dawson a accueilli la demande de contrôle judiciaire au motif qu’elle ne pouvait « conclure avec certitude que le défaut de nommer un représentant commis d’office n’avait pu influencer d’une façon défavorable sur l’issue de la revendication ».

[24] Par conséquent, il est important de savoir si le défaut de désigner un représentant *aurait pu* avoir une incidence sur l’issue définitive de la demande. Le demandeur souligne que le critère juridique pour examiner si un représentant aurait dû être désigné est peu rigoureux. En effet, cet examen devrait être effectué eu égard à la possibilité plutôt que la certitude. Le demandeur affirme que ce critère est peu rigoureux pour veiller à ce que les personnes les plus vulnérables (les enfants et les personnes qui souffrent d’une maladie mentale) soient traitées équitablement dans le système juridique.

[25] La SAI a commis une erreur en appliquant un critère plus exigeant que celui établi par la juge Dawson dans la décision *Duale* : plutôt que d’examiner si un représentant désigné *aurait pu* changer l’issue, la SAI a examiné si la présence d’un représentant désigné *aurait* changé l’issue. La demande du demandeur visant la réouverture de son appel a été rejetée au motif [au paragraphe 9] qu’« il ne convient pas de prendre connaissance des observations du commissaire au sujet des lacunes de la cause de l’appelant et de déduire qu’un représentant désigné aurait réussi à combler ces lacunes de manière à modifier l’issue de l’appel » (non souligné dans l’original). De plus, la SAI a affirmé ce qui suit [au paragraphe 9] :

Dans la même veine, rien ne permet de conclure qu’un représentant désigné aurait mandaté un conseil pour qu’il présente des éléments de preuve au sujet de la situation dans le pays pour ce qui est du traitement du VIH et de la schizophrénie ou fait en sorte que la mère ou la sœur de l’appelant témoignent.

La SAI a commis une erreur en appliquant à cette question un critère juridique plus exigeant que celui qui est nécessaire, établi dans la décision *Duale*.

Role of a Designated Representative

[26] In creating a role for a designated representative, it is clear that Parliament intended to provide a higher threshold of protection for individuals who would be considered vulnerable by the Board. The applicant submits that a large part of a designated representative's role is to instruct counsel and ensure they are performing their duties. While the IAD determined [at paragraph 7] that the applicant was able to "tell his story", it also found that the applicant's counsel was not effective. The IAD erred in failing to make the connection between the absence of a designated representative and a client's not being effectively represented by counsel. A designated representative is intended to serve as a protection against negligent counsel.

[27] Important tasks of the designated representative include ensuring that necessary evidence is brought to the attention of the panel and ensuring that counsel is being properly instructed. The panel's reasons make it clear that the lack of medical evidence from Jamaica with regard to health care was detrimental to the applicant's application. The IAD failed to consider that it is the role of a designated representative to instruct and monitor counsel as well as to present evidence. Because of the lack of a designated representative, proper instruction of counsel did not occur in this case and the necessary evidence was not adduced to support the applicant's claim. This resulted in severe detriment to the applicant's application.

[28] The applicant submitted to the panel as a humanitarian and compassionate argument that he would lose access to life-saving medications upon his return to Jamaica. This could ultimately result in his death. The panel, however, did not accept this argument because it found little or no evidence to support it.

[29] The provision of a designated representative could have affected the panel's findings significantly. First, being familiar with the process, the designated representative would have understood the necessity of submitting country documentation with regard to

Le rôle d'un représentant désigné

[26] En créant le rôle d'un représentant désigné, il ne fait aucun doute que le législateur avait l'intention de fournir un critère de protection plus rigoureux aux personnes considérées comme vulnérables par la Commission. Le demandeur affirme qu'une grande partie du rôle d'un représentant désigné est de mandater un avocat et de s'assurer qu'il exerce ses fonctions. Bien qu'elle ait conclu [au paragraphe 7] que le demandeur était en mesure de « raconter son histoire », la SAI a également estimé que l'avocat du demandeur n'était pas efficace. La SAI a commis une erreur en ne faisant pas le lien entre l'absence d'un représentant désigné et le fait que le client n'était pas bien représenté par son avocat. Le représentant désigné sert de protection contre les avocats négligents.

[27] Le représentant désigné doit notamment s'assurer que la preuve nécessaire est présentée au tribunal et que l'avocat est dûment mandaté. Il ressort clairement des motifs du tribunal que l'absence de preuve médicale sur les soins de santé en Jamaïque a porté préjudice à la demande du demandeur. La SAI n'a pas tenu compte du fait que le représentant désigné est chargé de mandater et de surveiller l'avocat ainsi que de présenter la preuve. Comme aucun représentant n'a été désigné, l'avocat en l'espèce n'a pas été dûment mandaté et la preuve nécessaire n'a pas été présentée à l'appui de la demande du demandeur. Ces lacunes ont gravement nui à la demande du demandeur.

[28] Le demandeur a fait valoir au tribunal, comme motif d'ordre humanitaire, qu'il perdrait accès aux médicaments permettant de lui sauver la vie s'il retournait en Jamaïque. Son renvoi pourrait entraîner son décès à la longue. Le tribunal n'a toutefois pas accepté cet argument parce qu'il y avait très peu d'éléments de preuve, voire aucun, pour l'étayer.

[29] La désignation d'un représentant aurait pu avoir une incidence importante sur les conclusions du tribunal. D'abord, comme il connaît bien le processus, le représentant désigné aurait compris qu'il devait soumettre de la documentation sur la Jamaïque et de la

Jamaica as well as updated medical documentation. Second, the designated representative could have ensured that this evidence was submitted on the applicant's behalf. In this case, the lack of a designated representative was directly related to the failure to adduce adequate evidence. This failure to adduce evidence then affected the outcome of the applicant's application.

[30] The applicant likens the case at hand to *Black v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 703, 82 Imm. L.R. (3d) 79, where the Court determined [at paragraph 59] that:

There are problems of care, homelessness and incarceration, and human rights abuses in which the Jamaican authorities are often implicated, that would have been placed before the IAD by a designated representative who understood the nature of her role. These matters could well have led the IAD to a different conclusion. The breach of procedural fairness was highly material to [the] outcome in this case.

The Need for a Designated Representative

[31] In this instance, the IAD determined [at paragraph 5] that “where it is apparent to a Member that the appellant may not appreciate the nature of the proceedings, then further inquiry and possibly the appointment of a designated representative is required.” The applicant contends that it is necessary for the Court in this case to determine the point at which it should have become apparent to the panel that the possible appointment of a designated representative was required to deal with issues of mental health.

[32] The applicant contends that, based on *Duale*, this is a low threshold that is passed as soon as the issue of mental health arises in a proceeding. Indeed, procedural fairness requires that the applicant be notified of the possibility of having a designated representative, and a panel must conduct an inquiry to satisfy itself that the applicant understands the nature of the proceedings. This is comparable to the jurisprudence regarding children—as soon as the board is made aware that an applicant is under 18 years of age, a designated representative must be appointed. See, for example, *Duale* and *Stumpf*, above.

documentation médicale à jour. Ensuite, il aurait pu s'assurer que ces éléments de preuve avaient été présentés pour le compte du demandeur. En l'espèce, le défaut de présenter des éléments de preuve adéquats est directement attribuable à l'absence d'un représentant désigné. Ce défaut a alors eu une incidence sur l'issue de la demande du demandeur.

[30] Le demandeur compare les faits de l'espèce à ceux de l'affaire *Black c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 703, où la Cour a conclu ce qui suit [au paragraphe 59] :

Il y a des problèmes de soins, d'itinérance et d'incarcération, et de violations des droits de la personne dans lesquelles sont souvent impliquées les autorités jamaïcaines, qu'une représentante désignée comprenant la nature de son rôle aurait présentés à la SAI. Ces questions auraient bien pu mener la SAI à une conclusion différente. Le manquement à l'équité procédurale était très important au regard de l'issue en l'espèce.

La nécessité de désigner un représentant

[31] En l'espèce, la SAI a conclu [au paragraphe 5] que « lorsqu'il constate que l'appelant ne peut manifestement pas comprendre la nature de la procédure, le commissaire doit alors procéder à un examen plus poussé et éventuellement lui commettre d'office un représentant ». Le demandeur prétend qu'en l'espèce, la Cour doit déterminer à quel moment le tribunal aurait dû se rendre compte que la désignation d'un représentant était nécessaire pour traiter des questions de santé mentale.

[32] Le demandeur fait valoir que, suivant la décision *Duale*, ce critère peu rigoureux s'applique dès que la question de la santé mentale est soulevée dans l'instance. En effet, l'équité procédurale exige que le demandeur soit avisé de la possibilité de lui désigner un représentant, et le tribunal doit mener une enquête pour s'assurer que celui-ci comprend la nature de la procédure. La question de la santé mentale est comparable à celle des enfants — dès que la commission sait que le demandeur a moins de 18 ans, un représentant doit lui être désigné. Voir, par exemple, les décisions *Duale* et *Stumpf*, précitées.

[33] The applicant recognizes that children attract different requirements of procedural fairness than people with mental health problems. Nevertheless, he submits that the Immigration and Refugee Board is required to notify an applicant of the possibility of a designated representative when an applicant's mental illness is brought to light. From there, the panel must undertake an inquiry to satisfy itself that an applicant is able to understand the nature of the proceedings.

[34] The IAD essentially found that the determination of whether or not a designated representative is required is based on whether a request is made by an applicant, or on whether an incident occurs that alerts the panel to this requirement. The applicant submits that this threshold is too high. Board members have no training in symptoms of mental health. Moreover, individuals who live with mental health issues may learn to "cover up" their symptoms over time so that no behavioural actions or incidents occur. The panel has an obligation to ensure that the rules of procedural fairness are being met, and it cannot rely on an applicant's counsel to ensure this; rather, this obligation must be discharged by conducting an inquiry "at first instance when the Board becomes aware of the issue".

[35] The respondent contends that the applicant waived his right to procedural fairness because he did not request a designated representative sooner; however, the applicant was unaware of the possibility of having a designated representative until he acquired new counsel two years after the application. The applicant was never informed of this possibility. As such, it cannot be argued that he waived this right.

The Respondent

Guidelines

[36] The respondent contends that Immigration and Refugee Board of Canada's *Guideline 8: Guideline on Procedures with Respect to Vulnerable Persons Appearing Before the IRB*, December 2006 (Guideline

[33] Le demandeur reconnaît que les enfants sont assujettis à des exigences d'équité procédurale différentes de celles applicables aux personnes souffrant de problèmes de santé mentale. Quoi qu'il en soit, il soutient que la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est tenue d'aviser le demandeur de la possibilité de lui désigner un représentant lorsque sa maladie mentale est mise au jour. Ensuite, le tribunal doit mener une enquête pour s'assurer que le demandeur est en mesure de comprendre la nature de la procédure.

[34] La SAI a essentiellement conclu que la question de savoir si la désignation d'un représentant est nécessaire dépend de celle de savoir si une demande est présentée par un demandeur ou si un incident quelconque a alerté le tribunal de cette exigence. Le demandeur prétend que ce critère est trop élevé. Les membres de la Commission ne connaissent pas les symptômes de la maladie mentale. De plus, les personnes qui souffrent d'une maladie mentale peuvent apprendre à « dissimuler » leurs symptômes afin qu'aucun incident de comportement ne se produise. Le tribunal est tenu de s'assurer que les règles de l'équité procédurale sont respectées et il ne peut compter sur l'avocat du demandeur à cet égard; la Commission doit plutôt s'acquitter de cette obligation en menant une enquête « dès qu'elle prend conscience de la question ».

[35] Le défendeur prétend que le demandeur a renoncé à son droit à l'équité procédurale parce qu'il n'a pas demandé qu'un représentant lui soit désigné plus tôt; toutefois, le demandeur ne savait pas qu'un représentant pouvait lui être désigné avant de retenir les services d'un nouvel avocat deux ans après la demande. Il n'a jamais été avisé de cette possibilité. Par conséquent, on ne saurait affirmer qu'il a renoncé à ce droit.

Le défendeur

Les directives

[36] Le défendeur prétend que les directives n° 8 intitulées *Directives n° 8 : Directives sur les procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaisent devant la CISR*, décembre 2006, de la Commission

8), holds that it is the counsel for the person who may be considered vulnerable who is in the best position to bring this vulnerability to the attention of the panel. Counsel is expected to do this as soon as possible. Other parties, such as counsel for the Minister, who may be aware of the vulnerability, are also encouraged to bring this vulnerability to the attention of the panel.

[37] Guideline 8 also states that, before protections are made available to a vulnerable person in an adversarial hearing, the Minister must have the opportunity to make submissions to ensure that the Minister's case can also be presented fairly and completely.

No Evidence

[38] No expert evidence was presented to bolster the applicant's claim that a designated representative was required in this instance. The respondent submits that, absent evidence to show the requisite incapacity, it cannot be presumed that all persons suffering from schizophrenia are incapable of appreciating the nature of the proceedings and/or of fully participating in the hearing.

Waiver of Rights

[39] It was necessary for the applicant to raise his objection with regard to the failure to appoint a designated representative at the earliest opportunity possible. This is especially so where the applicant was represented by counsel. The respondent submits that the appropriate time would have been "at the hearing of the appeal at the very latest". However, the applicant did not raise this issue until over two years after the refusal of the appeal. As such, the applicant waived his right to claim a breach of procedural fairness after having received a negative result. See, for example, *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 461, [2007] 1 F.C.R. 107, at paragraphs 212–214.

de l'immigration et du Statut de réfugié du Canada (les directives n° 8), indiquent que l'avocat de la personne considérée comme vulnérable est le mieux placé pour porter cette vulnérabilité à l'attention du tribunal, et il devrait le faire le plus rapidement possible. Les autres parties qui peuvent être au courant de la vulnérabilité, comme l'avocat du ministre, sont également encouragées à faire de même.

[37] Les directives n° 8 indiquent également que, avant qu'une personne vulnérable ne puisse bénéficier de protections lors d'une audience contradictoire, le ministre doit avoir la possibilité de présenter des observations pour s'assurer que sa preuve peut être présentée équitablement et entièrement.

L'absence de preuve

[38] Aucune preuve d'expert n'a été présentée pour soutenir la revendication du demandeur portant que la désignation d'un représentant était nécessaire en l'espèce. Le défendeur affirme que, en l'absence de preuve démontrant l'incapacité, on ne peut présumer que toutes les personnes souffrant de schizophrénie sont incapables de comprendre la nature de la procédure ou de participer pleinement à l'audience.

La renonciation aux droits

[39] Le demandeur devait soulever son objection à l'égard du défaut de désigner un représentant le plus tôt possible, d'autant plus qu'il était représenté par un avocat. Le défendeur soutient qu'il aurait été opportun de le faire [TRADUCTION] « au plus tard à l'audience de l'appel ». Le demandeur a toutefois soulevé cette question plus de deux ans après le rejet de l'appel. Par conséquent, il a renoncé à son droit d'invoquer un manquement à l'équité procédurale après avoir fait l'objet d'une décision défavorable. Voir, par exemple, la décision *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 461, [2007] 1 R.C.F. 107, aux paragraphes 212 à 214.

All Material Considered

[40] It was open to the IAD to determine that the applicant's schizophrenia was not in and of itself an adequate reason for the appointment of a designated representative. Indeed, there is no indication that the applicant did not understand the proceedings. Furthermore, not all persons suffering from schizophrenia are incapable of understanding proceedings and participating in them. Each case must be considered on its own merits.

[41] In this case, the applicant was represented by counsel and he testified on his own behalf. Neither the applicant nor his counsel raised any concern that the applicant could not properly instruct counsel or fully participate in the hearing. As determined by the IAD, the fact that the applicant would have liked to have presented his case better does not mean that his right to procedural fairness was breached.

[42] The applicant has submitted that the panel should have been sensitive to his need for a designated representative, and subsequently appointed one. To support this statement, the applicant cites a number of cases that relate to minors, such as *Duale* and *Stumpf*, above. However, there is a statutory requirement that a designated representative be appointed in the case of minors. This is not the case for those with mental illness. Pursuant to the Act and Guideline 8, where there is no presumption of an inability to appreciate the nature of the proceedings, counsel is best placed to bring the need for a designated representative to the attention of the panel.

ANALYSIS

Subsection 167(2) Issues

[43] Both the *Duale* and *Vashee* cases relied upon by the applicant dealt with minors. In the case of minors, subsection 167(2) of the Act says that the relevant Division "shall designate a person to represent the person."

L'examen des éléments matériels

[40] Il était loisible à la SAI de conclure que la schizophrénie du demandeur n'était pas en soi un motif approprié pour lui désigner un représentant. En effet, rien n'indique que le demandeur ne comprenait pas la procédure. De plus, les personnes souffrant de schizophrénie ne sont pas toutes incapables de comprendre la procédure et d'y participer. Chaque cas est un cas d'espèce.

[41] En l'espèce, le demandeur était représenté par un avocat et a témoigné pour son propre compte. Le demandeur ne s'est pas dit préoccupé par le fait qu'il ne pouvait dûment mandater son avocat ou participer pleinement à l'audience. Son avocat non plus. Comme l'a déterminé la SAI, le fait que le demandeur aurait aimé mieux présenter sa preuve ne signifie pas que son droit à l'équité procédurale n'a pas été respecté.

[42] Le demandeur a affirmé que le tribunal aurait dû tenir compte du fait qu'il avait besoin d'un représentant désigné et subséquemment lui en nommer un. À l'appui de cette affirmation, il cite quelques décisions concernant des mineurs, comme les décisions *Duale* et *Stumpf*, précitées. Toutefois, la loi exige qu'un représentant soit désigné dans le cas de mineurs. Ce n'est pas le cas pour ceux qui souffrent d'une maladie mentale. Selon la Loi et les directives n° 8, lorsqu'on ne peut présumer que le demandeur est incapable de comprendre la nature de la procédure, l'avocat est le mieux placé pour porter la nécessité de lui désigner un représentant à l'attention du tribunal.

L'ANALYSE

Les questions relatives au paragraphe 167(2)

[43] Les décisions *Duale* et *Vashee* citées par le demandeur concernent toutes deux des mineurs. À cet égard, le paragraphe 167(2) de la Loi indique qu'« est commis d'office un représentant à l'intéressé ».

[44] In the case of the applicant, who was not a minor (and who now claims that throughout the hearing he was “extremely confused as to what was happening”, so that he could not follow the proceedings and that he “would have benefited by having a designated representative”) the obligation of the panel to appoint a personal representative only arises if the applicant was unable “in the opinion of the [panel], to appreciate the nature of the proceedings”.

[45] The applicant concedes that “it is not the obligation of the [panel] to appoint a designated representative in every case where mental health is asserted”. What he does say, though, is as follows:

Procedural fairness does require that the [panel] inform applicants with mental health illnesses of their ability to appoint a designated representative and to make at least some inquiry to determine whether one is necessary to ensure a fair hearing.

[46] The applicant cites no authority for this proposition. The applicant is, in effect, asserting that there is a positive duty on the panel to inquire about whether a designated representative is needed—at least on the facts of this case where the panel was aware of the applicant’s schizophrenia. He says it is not enough for a panel, in reaching an opinion under subsection 167(2) as to whether or not someone is unable to understand the nature of the proceedings, to simply rely upon the contextual factors that were present in this case. Those contextual factors are as follows:

- a. The applicant had been through similar proceedings before and there was nothing to suggest that he did not know what was required of him;
- b. If the applicant was confused at the hearing, he did not mention this to anyone;
- c. There is no evidence to suggest from the applicant’s conduct at the hearing that the panel should have formed an opinion that he needed a designated representative;
- d. The applicant was represented at all material times by counsel and there is no evidence to suggest that counsel did not understand the nature of the proceedings or

[44] Dans le cas du demandeur, qui n’était pas mineur (et qui prétend maintenant que comme il [TRADUCTION] « ne comprenait pas du tout ce qui se passait » à l’audience, il ne pouvait suivre la procédure, et qu’il « lui aurait été avantageux d’avoir un représentant désigné »), l’obligation du tribunal de nommer un représentant personnel ne s’impose que si le demandeur n’est pas, « selon [le tribunal], en mesure de comprendre la nature de la procédure ».

[45] Le demandeur reconnaît que [TRADUCTION] « le tribunal n’est pas tenu de désigner un représentant chaque fois que la maladie mentale est invoquée ». Il affirme plutôt ce qui suit :

[TRADUCTION] L’équité procédurale exige que le tribunal informe les demandeurs souffrant de maladie mentale de sa capacité à leur désigner un représentant et à se renseigner le moins possible pour déterminer si un tel représentant est nécessaire pour assurer un procès équitable.

[46] Le demandeur ne cite aucune source à l’appui de cette affirmation. En fait, il prétend que le tribunal est tenu de se renseigner pour savoir si la désignation d’un représentant est nécessaire — du moins en l’espèce, où le tribunal savait que le demandeur souffrait de schizophrénie. Il affirme que pour décider si une personne n’est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure en application du paragraphe 167(2), le tribunal ne doit pas simplement s’en remettre aux facteurs contextuels qui lui ont été présentés. Ces facteurs sont les suivants :

- a. le demandeur a fait l’objet de procédures similaires par le passé et rien n’indiquait qu’il ne savait pas ce qu’on attendait de lui;
- b. si le demandeur était confus à l’audience, il ne l’a dit à personne;
- c. la conduite du demandeur à l’audience ne porte pas à croire que le tribunal aurait dû savoir qu’il avait besoin d’un représentant désigné;
- d. le demandeur était représenté par un avocat à l’époque pertinente et rien ne porte à croire que l’avocat ne comprenait pas la nature de la procédure ni les

what was required by way of evidence or argument to support the applicant's case;

e. The applicant waited almost two years before making an application to reopen his appeal on the basis that he was confused at the time and could have benefited from a personal representative.

[47] In his affidavit, the applicant does not say that he was unable to instruct his legal counsel appropriately before the panel hearing. He says that the problems occurred at the hearing:

Throughout the hearing I was extremely confused as to what was happening. I felt that the proceedings were moving extremely quickly and I could not follow them. My lawyer did not counsel me properly or advise me accurately as to what to expect. I was unable to decipher what was happening and was left to trust him to represent me. I do not know what he submitted on my behalf as he never informed me.

[48] In my view, this amounts to an allegation of incompetent counsel several years after the fact. There is no evidence before me to support these allegations apart from the applicant's affidavit. What is more, the applicant does not say that there was anything about his conduct at the hearing that should have alerted the panel to his confusion and/or the need for a designated representative. His position is simply that, because there was evidence he was schizophrenic, the panel should have embarked upon an inquiry into whether he needed a designated representative.

[49] There is no authority that the applicant can point to that would support such an absolute obligation. Subsection 167(2) says that whether or not someone is able to appreciate the nature of the proceedings is a matter for "the opinion of the applicable Division".

[50] In the present case, the IAD [at paragraph 5] accepted the proposition that where it is apparent to a member that an applicant may not appreciate the nature of the proceedings "then further inquiry and possibly the appointment of a designated representative is required." However, the IAD pointed out [at paragraph 6] that there was "nothing in the panel's reasons that indicates that

éléments de preuve ou les arguments requis à l'appui de la thèse du demandeur;

e. le demandeur a attendu près de deux ans avant de présenter une demande visant la réouverture de son appel au motif qu'il était confus à l'époque et qu'il lui aurait été avantageux d'avoir un représentant personnel.

[47] Dans son affidavit, le demandeur ne dit pas qu'il n'était pas en mesure de mandater dûment son avocat avant l'audience devant le tribunal. Il affirme que ses problèmes sont survenus à l'audience :

[TRADUCTION] Je ne comprenais pas du tout ce qui se passait à l'audience. J'avais l'impression que la procédure avançait extrêmement rapidement et que je ne pouvais pas la suivre. Mon avocat ne m'a pas conseillé adéquatement ni ne m'a informé précisément de ce à quoi je devais m'attendre. J'étais incapable de comprendre ce qui se passait et je n'avais pas d'autre choix que de lui faire confiance. Je ne sais pas ce qu'il a présenté en mon nom puisqu'il ne m'en a jamais informé.

[48] À mon sens, le demandeur revient à dire que son avocat était incompetent plusieurs années après les faits. Je ne dispose d'aucune preuve à l'appui de cette affirmation hormis son affidavit. Qui plus est, le demandeur ne dit pas en quoi sa conduite à l'audience aurait dû alerter le tribunal qu'il était confus ou qu'il avait besoin d'un représentant désigné. Il est simplement d'avis que comme la preuve indiquait qu'il était schizophrène, le tribunal aurait dû se renseigner pour savoir s'il avait besoin d'un représentant désigné.

[49] Le demandeur ne peut citer de sources qui étaient une obligation aussi absolue. Le paragraphe 167(2) indique que la question de savoir si une personne est en mesure de comprendre la nature de la procédure est tranchée par « la section ».

[50] En l'espèce, la SAI [au paragraphe 5] a accepté la proposition que lorsqu'il ne fait aucun doute pour un commissaire que le demandeur ne peut comprendre la nature de la procédure, il « doit alors procéder à un examen plus poussé et éventuellement lui commettre d'office un représentant ». Toutefois, la SAI a affirmé [au paragraphe 6] que « rien dans les motifs du tribunal

the appellant did not understand the nature of the proceedings”:

The appellant has not argued that any request for a designated representative was put forth or that anything in the appellant’s behaviour or demeanor should have alerted the panel to the need for a designated representative. The argument is fundamentally that given that the panel was aware of the appellant’s schizophrenia the appointment of a designated representative must be explored.

[51] The IAD then reviewed the contextual factors and concluded [at paragraph 7] that “the evidence implies that the appellant would like to have presented his case better” and not that the panel should have been alerted to the need for a designated representative. I cannot say this conclusion was either unreasonable or incorrect. The applicant says that subsection 167(2) is unclear as to what is required by way of procedural fairness when a “Division” is dealing with someone with a mental illness. He says that, once the panel knew he suffered from schizophrenia, it was required to:

- a. Notify the applicant of the possibility that he might need a designated representative; and
- b. Undertake an inquiry with the applicant in order to decide whether or not he understood the nature of the proceedings.

He says that such a high level of procedural fairness is required when vulnerable people are involved and that the panel was obliged to satisfy itself that the applicant understood the nature of the proceedings. He says it was not sufficient for the panel to rely upon the contextual factors listed above.

[52] The applicant is asking the Court to read into subsection 167(2) an obligation for a “Division” to embark upon an inquiry into the understanding of someone who has an acknowledged mental illness, even in a situation where such an applicant is represented by counsel and displays no outward sign at the hearing that he is unable to understand the nature of the proceedings.

n’indique que l’appellant ne comprenait pas la nature de la procédure » :

L’appellant n’a pas soutenu avoir présenté une demande de représentant désigné ou encore que des éléments associés à sa conduite ou à son attitude auraient dû alerter le tribunal quant à la nécessité de commettre d’office un représentant. Essentiellement, selon l’appellant, parce qu’il était au courant de la schizophrénie de l’appellant, le tribunal aurait dû se pencher sur l’opportunité de lui commettre d’office un représentant.

[51] La SAI a ensuite examiné les facteurs contextuels et a conclu [au paragraphe 7] que « la preuve laisse entendre que l’appellant aurait préféré avoir mieux présenté son cas » et non que le tribunal aurait dû être alerté de la nécessité de lui désigner un représentant. Je ne saurais affirmer que cette conclusion était déraisonnable ou incorrecte. Le demandeur affirme que le paragraphe 167(2) n’indique pas clairement ce qui est exigé au nom de l’équité procédurale lorsqu’une « section » a affaire à une personne souffrant d’une maladie mentale. Selon lui, dès que le tribunal a su qu’il souffrait de schizophrénie, il devait :

- a. aviser le demandeur de la possibilité de lui désigner un représentant;
- b. questionner le demandeur pour savoir s’il comprenait la nature de la procédure.

Le demandeur affirme qu’un niveau d’équité procédurale aussi élevé est requis lorsque des personnes vulnérables sont concernées et que le tribunal était tenu de s’assurer qu’il comprenait la nature de la procédure. Il indique que le tribunal ne devait pas simplement s’en remettre aux facteurs contextuels susmentionnés.

[52] Le demandeur demande à la Cour de considérer le paragraphe 167(2) comme une obligation pour une « section » de procéder à une enquête pour savoir si la personne souffrant d’une maladie mentale connue comprend la procédure, même dans une situation où cette personne est représentée par un avocat et ne démontre aucun signe à l’audience qu’elle n’est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure.

[53] In my view, the plain reading of subsection 167(2) read in context says that a Division need only designate a representative for someone who is not a minor if it forms an opinion that the person in question is unable to appreciate the nature of the proceedings. In my view, then, what is required to achieve procedural fairness will depend upon the full context of each case. In this case, the panel knew that the applicant had schizophrenia, but there was nothing to indicate that his schizophrenia prevented him from understanding the nature of the proceedings. In fact, the applicant has a long history of appearing in legal proceedings and there is no evidence to suggest that his schizophrenia has prevented him from understanding what has taken place. There may well be situations where a Division is obliged to advise an applicant and undertake a formal inquiry into his understanding of the proceedings, but I do not think that such a procedure was required in the full context of this case.

The Guidelines

[54] According to Guideline 8, vulnerable persons are defined [at section 2.1] as:

- 2.1 ... individuals whose ability to present their cases before the IRB is severely impaired. Such persons may include, but would not be limited to, the mentally ill, minors, the elderly, victims of torture, survivors of genocide and crimes against humanity, and women who have suffered gender-related persecution.

Based on this definition, it appears that there is a recognition that the mentally ill may be included in the class of vulnerable people, but that this is not necessarily the case. Mental illness does not automatically equate to an inability to present the case in hand.

[55] The objectives of Guideline 8 include the following:

- 3.1 To recognize that certain individuals face particular difficulties when they appear for their hearings or other IRB processes because their ability to present their cases is severely impaired.

[53] Je suis d'avis que le paragraphe 167(2), interprété dans son contexte, indique qu'une section ne doit désigner un représentant pour quelqu'un qui n'est pas mineur que si, selon elle, la personne en question n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure. À mon sens, ce qui est ensuite requis pour respecter l'équité procédurale dépendra des faits de chaque cas. En l'espèce, le tribunal savait que le demandeur était schizophrène, mais rien n'indiquait que sa schizophrénie l'empêchait de comprendre la nature de la procédure. En fait, le demandeur a souvent comparu devant les tribunaux et rien n'indique que sa schizophrénie l'a empêché de comprendre ce qui se passait. Il doit bien y exister des situations où une section est tenue d'aviser le demandeur et de mener une enquête formelle pour savoir s'il comprend la procédure, mais je ne crois pas qu'un tel processus était nécessaire en l'espèce.

Les directives

[54] Selon les directives n° 8, les personnes vulnérables sont les suivantes [à l'article 2.1] :

- 2.1 [...] la personne dont la capacité de présenter son cas devant la CISR est grandement diminuée. Elle peut, entre autres, être atteinte d'une maladie mentale; être mineure ou âgée; avoir été victime de torture; avoir survécu à un génocide et à des crimes contre l'humanité; il peut aussi s'agir d'une femme qui a été victime de persécution en raison de son sexe.

Cette définition semble reconnaître que les personnes atteintes d'une maladie mentale peuvent être des personnes vulnérables, mais que ce n'est pas forcément le cas. La personne souffrant d'une maladie mentale n'est pas automatiquement incapable de présenter sa preuve.

[55] Les objectifs des directives n° 8 sont notamment les suivants :

- 3.1 Reconnaître que certaines personnes se heurtent à des difficultés particulières lorsqu'elles se présentent à l'audition de leur cas ou à un autre processus de la CISR parce que leur capacité de présenter leur cas est grandement diminuée.

- | | | | |
|-----|--|-----|--|
| 3.2 | <u>To ensure that such vulnerable persons are identified and appropriate procedural accommodations are made.</u> | 3.2 | <u>Veiller à ce que les personnes qui s'avèrent ainsi vulnérables soient identifiées et à ce que leur situation soit prise en compte sur le plan procédural.</u> |
| 3.3 | To the extent possible, to prevent vulnerable persons from becoming traumatized or re-traumatized by the hearing process or other IRB process. | 3.3 | Dans la mesure du possible, éviter que les personnes vulnérables ne soient traumatisées ou ne subissent un nouveau traumatisme en raison du processus d'audience ou d'autres processus de la CISR. |
| 3.4 | To ensure the on-going sensitization of members and other hearing room participants [Emphasis added.] | 3.4 | Assurer la sensibilisation continue des commissaires et des autres participants en salle d'audience [...] [Non souligné dans l'original.] |

[56] Guideline 8 [at section 4.2] suggests ways to address the barriers encountered by vulnerable people, and provides that the Division has a “broad discretion to tailor procedures to meet the particular needs of a vulnerable person, and, where appropriate and permitted by law, the Division may accommodate a person’s vulnerability by various means.”

[56] Les directives n° 8 [à l'article 4.2] proposent des façons de surmonter les difficultés rencontrées par les personnes vulnérables et prévoient que la Section « dispose d'un large pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'adapter les procédures aux besoins particuliers d'une personne vulnérable. Le cas échéant et dans la mesure où le permet la loi, la Section peut prendre en compte la vulnérabilité d'une personne par différents moyens ».

[57] While Guideline 8 may be of some relevance in a general sense to the present case, the most relevant guidance in this area is, in my view, found in the Immigration and Refugee Board of Canada’s *Guide to Proceedings before the Immigration Division* (Guide). Chapter 7 of the Guide focuses specifically on persons who are unable to appreciate the nature of the proceedings.

[57] Bien que les directives n° 8 peuvent généralement s'appliquer à l'espèce, je suis d'avis que les indications qui conviennent le mieux dans ce domaine figurent dans le *Guide des procédures de la Section de l'immigration* de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (le Guide). Le chapitre 7 du Guide porte précisément sur les personnes qui ne sont pas en mesure de comprendre la nature de la procédure.

[58] Section 7.3.1 of the Guide canvasses the steps that should be taken before a hearing:

[58] L'article 7.3.1 du Guide prévoit les mesures qui devraient être prises avant l'audience :

Rules 3(o) and 8(1)(m) provide that **the Minister must inform the Immigration Division if he or she believes that a person who is to be the subject of an admissibility hearing or a detention review is less than 18 years of age or is unable to appreciate the nature of the proceedings.** [Emphasis in original.]

Les alinéas **3o)** et **8(1)m)** des **Règles** prévoit que le **ministre doit informer la Section** de l'immigration, **s'il estime que la personne** devant faire l'objet d'une enquête ou d'un contrôle des motifs de détention a **moins de 18 ans ou n'est pas en mesure de comprendre la nature de la procédure.** [Souligné dans l'original.]

This duty is also imposed on counsel. In fact, according to Guideline 8 [at section 7.3], above, “[c]ounsel for a person who may be considered vulnerable is best placed to bring the vulnerability to the attention of the IRB, and is expected to do so as soon as possible.” Under Guideline 8, a similar duty is also extended to others:

Cette obligation est également imposée à l'avocat. En fait, selon les directives n° 8 [à l'article 7.3], précitées, « [I]e conseil de la personne pouvant être identifiée comme étant vulnérable est le mieux placé pour porter sa vulnérabilité à l'attention de la CISR, et il devrait le faire le plus rapidement possible. » Les directives n° 8

Guideline 8 holds that “[o]thers who are associated with the person or who have knowledge of facts indicating that the person may be vulnerable (counsel for the Minister or any other person) are encouraged to do the same.”

[59] Chapter 7 also indicates who should be represented by a designated representative. It holds [at section 7.5] that “the member must designate a representative for any person who, in the member’s opinion, is unable to appreciate the nature of the proceedings.” Moreover, “[i]f there is no indication to the contrary, it is reasonable to assume that the person concerned can appreciate the nature of the proceedings” (emphasis added).

[60] In accordance with the Guide, the member’s opinion is generally to be based on: (a) medical reports concerning the mental state of intellectual ability of the person concerned; or (b) difficulties noted in meetings or discussions with the person concerned before the hearing.

[61] The Guide states [at section 7.5] that “[i]t is up to the member to determine whether the person concerned is able to appreciate the nature of the proceedings of which he or she is the subject.” Several factors for consideration are listed in section 7.5.1:

7.5.1 Determining the inability to appreciate the nature of the proceedings

To decide whether the person concerned is able to appreciate the nature of the proceedings, the member may base himself on the following factors:

- admissions by the person who is the subject of the proceedings concerning his or her inability to understand what is going on;
- the testimony or report of an expert on the mental health or cognitive abilities of the person who is the subject of the proceedings;
- the behaviour observed at the hearing (namely, the responses of the person who is the subject of the proceedings to the questions that are put to him or her); and
- the observations of the parties.

indiquent que cette obligation s’étend également à d’autres personnes : « Les personnes associées à cette personne ou qui connaissent des faits indiquant qu’elle pourrait être vulnérable (conseil du ministre ou toute autre personne) sont encouragées à en faire autant. »

[59] Le chapitre 7 énonce également les personnes qui devraient être représentées par un représentant désigné. Il prévoit que [à l’article 7.5] « [l]e commissaire doit désigner un représentant à toute personne qui n’est pas, selon lui, en mesure de comprendre la nature de la procédure. » De plus, « [e]n l’absence de toute indication contraire, il est raisonnable de présumer que la personne en cause est en mesure de comprendre la nature de la procédure » (non souligné dans l’original).

[60] Conformément au Guide, le commissaire fonde généralement son opinion sur : a) des rapports médicaux concernant l’état mental ou la capacité intellectuelle de la personne en cause; ou b) les difficultés constatées lors de rencontres et d’échanges avec la personne en cause avant l’audience.

[61] Le Guide prévoit [à l’article 7.5] qu’« [i]l revient au commissaire de déterminer si la personne en cause est en mesure de comprendre la nature de la procédure dont elle doit faire l’objet. » Plusieurs facteurs à considérer sont énumérés à l’article 7.5.1 :

7.5.1 Détermination de l’incapacité à comprendre la nature de la procédure

Pour décider si la personne en cause est en mesure de comprendre la nature de la procédure, le commissaire peut se fonder sur les facteurs suivants :

- les aveux de la personne en cause sur son incapacité de comprendre ce qui se passe;
- le témoignage ou le rapport d’un expert sur la santé mentale ou les facultés intellectuelles de la personne en cause;
- le comportement observé à l’audience (notamment les réponses de la personne en cause aux questions qui lui sont posées);
- les observations des parties.

[62] The Guide also includes a test of sorts to determine if a person appreciates the nature of the proceedings. Chapter 7 [at section 7.5.1] suggests that “the member should explain the possible consequences of the hearing in very simple terms and, then, ask the person to explain them in his or her own words. If the person is unable to do so this will usually demonstrate[s] the person’s inability to appreciate the nature of the proceedings and will justify the designation of a representative”.

[63] It is important to note, however, that Chapter 7 considers mental illness in the context of understanding the nature of the proceedings. The Guide says [at section 7.5.2] that “[a] person may have a mental illness or limited intellectual skills but still be able to appreciate the nature of the proceedings.”

[64] Although medical reports may be “sufficiently precise and detailed to indicate” that a designated representative may be necessary, the member must also consider other factors and, “in particular, the behaviour of the person concerned, before designating a representative.”

[65] The Guide notes further [at section 7.5.3] that “[t]he member only has to form an opinion that the person is unable to appreciate the nature of the proceedings of which he or she is to be the subject.”

Jurisprudence

[66] The jurisprudence in this area of the law is not fully developed. However, in my view, there are two cases that provide guidance on the issues before me.

[67] The case of *Sharma v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 908, dealt with a psychologically vulnerable couple. In determining whether the couple should have had a designated representative, Justice Lagacé stated, at paragraph 19 that:

[62] Le Guide prévoit également une sorte de critère pour déterminer si une personne comprend la nature de la procédure. Le chapitre 7 [à l’article 7.5.1] indique qu’« il est suggéré au commissaire de lui expliquer en langage très simple le but et les conséquences possibles de l’audience et, ensuite, de lui demander de les expliquer dans ses propres mots. L’incapacité de la personne en cause de le faire démontrera habituellement son incapacité à comprendre la nature de la procédure et justifiera qu’un représentant lui soit désigné. »

[63] Toutefois, il est important de souligner que le chapitre 7 traite de la maladie mentale dans le contexte de la compréhension de la nature de la procédure. Le Guide indique [à l’article 7.5.2] qu’« [u]ne personne peut souffrir d’une maladie mentale ou avoir des capacités intellectuelles amoindries, mais être néanmoins capable de comprendre la nature de la procédure. »

[64] Bien que les rapports médicaux doivent être « suffisamment précis et détaillés pour indiquer » que la désignation d’un représentant peut être nécessaire, le commissaire doit également tenir compte d’autres facteurs, « notamment, [du] comportement de la personne en cause, avant de désigner un représentant ».

[65] Le Guide [à l’article 7.5.3] indique également que « [l]e commissaire n’a qu’à se former une opinion que la personne est incapable de comprendre la nature de la procédure dont elle doit faire l’objet. »

La jurisprudence

[66] La jurisprudence dans ce domaine de droit n’est pas entièrement établie. Toutefois, à mon avis, deux décisions peuvent m’aider à trancher les questions dont je suis saisi.

[67] La décision *Sharma c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 908, porte sur un couple vulnérable psychologiquement. Pour savoir si le couple aurait dû bénéficier d’un représentant désigné, le juge Lagacé a affirmé ce qui suit au paragraphe 19 :

... the applicants' psychological vulnerability should not be confused with that of a person who is unable to appreciate the nature of the proceedings or the questions at a hearing before the Board. It is for the Board to determine whether an applicant requires a designated representative, based on the individual's apparent understanding (or lack thereof) of the proceedings and the questions. [Emphasis added.]

[68] Justice Lagacé also noted, at paragraph 25 of *Sharma* that “neither the intervenor who accompanied the applicants for moral support nor their counsel made any objection that would suggest that the applicants did not understand the questions or the procedure.”

[69] Justice Lagacé then reviewed the transcript of the testimony and determined that the applicants “appeared to have understood both the questions and the nature of the proceedings.” As a result, he decided it was open to the Board to dismiss the applicants' application for a representative and for him to uphold that decision, “absent evidence before or during the hearing that the applicants were unable to understand the nature of the proceedings or the questions.” See *Sharma*, above, at paragraph 26.

[70] The case of *Abdousafi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1372, involved a situation where the Board had expressed concern with regard to the applicant's ability to appreciate the nature of the proceedings. However, after further consideration based on its own observations and experiences with the applicant, the Board determined that the applicant was capable of appreciating the nature of the proceedings. The Court held, in paragraph 13 of *Abdousafi* that “[t]he Act does not require that the CCRD must rely on a medical assessment rather than its own assessment of the applicant's ability. The onus was on the applicant to bring forward medical evidence of his alleged deficiency.” As a result, the Court concluded that:

... the applicant did not satisfy the test set out in the Act, namely, that the applicant is unable to appreciate the nature of the proceedings in order to require the designation of a representative at the hearing.

Il ne faut toutefois pas confondre la vulnérabilité psychologique des demandeurs à celle de celui qui n'est pas en mesure devant la Commission de comprendre la nature de la procédure et des questions. Il revient à la Commission de déterminer si un demandeur requiert ou non un représentant désigné, selon la compréhension qu'il paraît avoir ou ne pas avoir de la procédure ou des questions. [Non souligné dans l'original.]

[68] Le juge Lagacé a également souligné au paragraphe 25 de la décision *Sharma* que « l'intervenant qui accompagnait les demandeurs à titre de support moral, ainsi que le procureur, n'ont formulé aucune objection pouvant laisser croire que les demandeurs ne comprenaient ni les questions, ni la procédure ».

[69] Le juge Lagacé a ensuite examiné la transcription des témoignages et a conclu que les demandeurs « paraissent avoir bien compris tant les questions que la nature de la procédure ». Par conséquent, il a conclu qu'il était loisible à la Commission de rejeter la demande des demandeurs visant la désignation d'un représentant et à lui de maintenir cette décision, « faute d'une preuve avant ou durant l'audition à l'effet que les demandeurs n'étaient pas en état de comprendre la nature de la procédure ou les questions ». Voir la décision *Sharma*, précitée, au paragraphe 26.

[70] Dans la décision *Abdousafi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1372, la Commission s'était dite concernée par la capacité du demandeur à comprendre la nature de la procédure. Cependant, après un nouvel examen fondé sur ses propres observations et ses expériences avec le demandeur, la Commission a conclu que ce dernier était en mesure de comprendre la nature de la procédure. La Cour a conclu au paragraphe 13 de la décision *Abdousafi* que « [l]a Loi n'exige pas que la SSR se fonde sur une évaluation médicale plutôt que sur sa propre évaluation pour juger de la capacité du demandeur. Le fardeau de fournir la preuve médicale du retard mental allégué du demandeur incombait à ce dernier. » Par conséquent, la Cour a conclu ce qui suit :

[...] le demandeur ne satisfait pas au critère établi dans la Loi, à savoir que le demandeur doit être dans l'impossibilité de comprendre la nature de la procédure pour justifier qu'on désigne un représentant pour l'audience.

[71] Furthermore, the Court held, at paragraph 14 of *Abdousafi* that there was no evidentiary basis to establish “the necessary factual foundation to support the allegation that [the] applicant’s counsel was aware of his mental deficiency and neglected to obtain a medical assessment.”

Conclusion on First Point

[72] I believe that both Chapter 7 of the Guide and the above-mentioned jurisprudence may be applied to the facts at hand to limit the onus the applicant has attempted to place on the panel with regard to the obligation to advise him of the possibility of a designated representative.

[73] Both *Sharma* and the Guide discuss the onus on the panel to determine whether an applicant requires a designated representative. This determination is to be made based on the individual’s apparent understanding of the proceedings and the questions asked by the panel. In this instance, the applicant’s understanding was not considered an issue by the panel either before or during the hearing. As such, it appears that if the applicant or his counsel had concerns about the applicant’s appreciation of the nature of the proceedings, it was the applicant’s onus to prove the lack of understanding, as discussed in *Abdousafi*. There does not appear to be any onus on the panel other than to consider the appointment of a designated representative if the panel feels it is necessary based on its own opinion.

[74] In the facts before me, the applicant made no admissions before or during the hearing with regard to his inability to understand the proceedings. It was only after the applicant’s claim failed that he expressed an inability to understand what was going on.

[75] The observed behaviour of the applicant during the hearing did not lead the panel to believe that the applicant did not understand the nature of the proceedings. Furthermore, during the proceedings, neither the parties nor counsel suggested that the applicant was unable to understand what was going on.

[71] De plus, la Cour a conclu au paragraphe 14 de la décision *Abdousafi* qu’aucun élément de preuve n’établissait « le fondement factuel requis pour appuyer l’allégation selon laquelle l’avocat du demandeur était au courant du retard mental de son client et a négligé de demander une évaluation médicale ».

La conclusion à l’égard de la première question

[72] Je crois que le chapitre 7 du Guide et la jurisprudence susmentionnée peuvent tous deux s’appliquer aux faits de l’espèce afin de réduire le fardeau que le demandeur a tenté d’imposer au tribunal relativement à l’obligation de l’informer qu’on pouvait lui désigner un représentant.

[73] Tant la décision *Sharma* que le Guide analysent l’obligation imposée au tribunal de déterminer si un demandeur a besoin d’un représentant désigné. Le tribunal doit prendre cette décision en examinant si la personne comprend bien la procédure et les questions qu’il lui pose. En l’espèce, la compréhension du demandeur n’était pas considérée comme un problème par le tribunal ni avant ni pendant l’audience. Ainsi, si le demandeur ou son avocat étaient préoccupés par la compréhension du demandeur de la nature de la procédure, il incombait à ce dernier de prouver ce manque de compréhension, comme il est indiqué dans la décision *Abdousafi*. Le tribunal ne semble pas avoir d’autre obligation que d’envisager la désignation d’un représentant s’il estime que cela est nécessaire.

[74] En l’espèce, le demandeur n’a fait aucun aveu avant ou pendant l’audience quant à son incapacité à comprendre la procédure. Ce n’est qu’après le rejet de sa demande qu’il a exprimé son incapacité à comprendre ce qui se passait.

[75] Le comportement du demandeur pendant l’audience n’a pas porté le tribunal à croire qu’il ne comprenait pas la nature de la procédure. De plus, durant l’instance, ni les parties ni les avocats n’ont indiqué que le demandeur n’était pas en mesure de comprendre ce qui se passait.

[76] While the panel was aware that the applicant has schizophrenia, there was no indication that the applicant did not understand the nature of the proceedings. As such, according to the Guide [at section 7.5], “it is reasonable to assume that the person concerned can appreciate the nature of the proceedings.” This could also be compared to the situation in *Sharma*, in which the applicants were psychologically vulnerable.

[77] The Guide and the jurisprudence do not suggest that there is an automatic obligation for a panel to undertake an inquiry as to an applicant’s understanding of the proceedings simply because he/she has been diagnosed with schizophrenia or any other mental illness. Rather, both the jurisprudence and the Guide suggest that such an inquiry is triggered by the panel’s own opinion, which is generally based on medical reports with regard to the person’s mental state and/or any difficulties noted in meetings or discussions prior to the hearing or during the hearing itself.

[78] In this instance, the panel observed nothing to suggest that a designated representative was necessary. Furthermore, neither counsel nor the parties to the hearing (including the applicant) reported any concern with regard to the applicant’s ability to appreciate the nature of the proceedings either before or during the hearing. Accordingly, I do not believe that the applicant’s procedural fairness was breached in this instance. Moreover, the law and policy in this area do not suggest that there is an onus on a panel to inform an applicant of the possibility of a designated representative, unless the member feels it is necessary based on his or her own opinion.

The Correct Test

[79] The IAD’s findings about whether a designated representative would have made any difference and its use of the word “would” instead of “could”, in my view, are to be considered in conjunction with the IAD’s finding that [at paragraph 6] there was nothing “in the appellant’s behaviour or demeanor [that] should have alerted the panel to the need for a designated representative.” I do not read the jurisprudence of this Court as saying that, even if there was nothing that should have

[76] Bien que le tribunal savait que le demandeur souffrait de schizophrénie, rien n’indiquait qu’il ne comprenait pas la nature de la procédure. Ainsi, le Guide [à l’article 7.5] prévoit qu’« il est raisonnable de présumer que la personne en cause est en mesure de comprendre la nature de la procédure ». Les faits de l’espèce pourraient également être comparés à ceux de la décision *Sharma* où les demandeurs étaient vulnérables psychologiquement.

[77] Le Guide et la jurisprudence n’indiquent pas que le tribunal doit automatiquement mener une enquête pour savoir si le demandeur comprend la procédure simplement parce qu’il souffre de schizophrénie ou d’une autre maladie mentale. La jurisprudence et le Guide semblent plutôt indiquer que le tribunal peut mener une telle enquête s’il le juge nécessaire en fonction des rapports médicaux concernant l’état mental de la personne ou des difficultés constatées lors de rencontres et d’échanges avant ou pendant l’audience.

[78] En l’espèce, le tribunal n’a rien remarqué qui portait à croire que la désignation d’un représentant était nécessaire. De plus, ni les avocats ni les parties à l’audience (y compris le demandeur) ne se sont dits préoccupés par la capacité du demandeur à comprendre la nature de la procédure avant ou pendant l’audience. Par conséquent, je ne crois pas qu’il y ait eu manquement à l’équité procédurale en l’espèce. De plus, la législation et les directives dans ce domaine n’indiquent pas que le tribunal est tenu d’informer le demandeur de la possibilité de lui désigner un représentant, à moins que le commissaire le juge nécessaire.

Le bon critère

[79] À mon avis, les conclusions de la SAI concernant la question de savoir si un représentant désigné aurait fait une différence ainsi que son utilisation du mot « aurait » au lieu de « pourrait » doivent être examinées conjointement avec la conclusion de la SAI [au paragraphe 6] portant que rien dans les « éléments associés à sa conduite ou à son attitude [n’]aura[it] dû alerter le tribunal quant à la nécessité de commettre d’office un représentant ». Je n’interprète pas la jurisprudence de la

alerted the IAD to the need for a designated representative, then procedural unfairness still occurs provided a designated representative “could have affected the outcome of the case”.

[80] I agree with the applicant that, on this aspect of the decision, the IAD applied too high a test and should have inquired whether a designated representative “could” have made a difference. See *Duale*, at paragraphs 20–21, and *Vashee*, at paragraph 12. However, this still leaves the matter of whether the panel correctly complied with subsection 167(2) in this case and whether the panel correctly assessed this issue. In my view, there was no reviewable error in this regard so that the decision must stand. Whether or not a designated representative could, or would, have made a difference was an alternative finding and ground for refusing the application to reopen.

Certification

[81] The applicant has proposed the following question for certification:

When evidence is presented that an appellant is suffering from a mental illness, does a duty arise in the IAD to determine in accordance with s. 167(2), whether or not the appellant is capable of understanding the nature of the appeal proceedings? If so, what formal procedural steps must be taken by the Board to meet this duty?

Parties' Submissions

Applicant

[82] The applicant contends that this question meets the test for certification since it is a serious question of general importance that would be dispositive of the appeal. See *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraph 11.

Cour comme signifiant que, même si rien n’aurait dû alerter la SAI quant à la nécessité de désigner un représentant, il y a tout de même manquement à l’équité procédurale dans la mesure où un représentant désigné « aurait pu influencer sur l’issue du litige ».

[80] Je suis d’accord avec le demandeur pour dire que, en ce qui a trait à cet aspect de la décision, la SAI a appliqué un critère trop rigoureux et aurait dû se demander si un représentant désigné « aurait pu » faire une différence. Voir les décisions *Duale*, aux paragraphes 20 et 21, et *Vashee*, au paragraphe 12. Toutefois, la question de savoir si le tribunal s’est conformé au paragraphe 167(2) en l’espèce et s’il a correctement examiné cette question n’est toujours pas résolue. Comme je suis d’avis qu’il n’y a eu aucune erreur susceptible de contrôle à cet égard, la décision doit être maintenue. La question de savoir si un représentant désigné aurait pu faire une différence, ou aurait fait une différence, était un motif subsidiaire pour rejeter la demande de réouverture.

La certification

[81] Le demandeur a proposé que la question suivante soit certifiée :

Lorsqu’il est prouvé que le demandeur souffre d’une maladie mentale, la SAI a-t-elle l’obligation de déterminer, conformément au par. 167(2), si le demandeur est en mesure de comprendre la nature de la procédure d’appel? Dans l’affirmative, quelles sont les mesures formelles que la Commission devrait prendre dans l’instance pour s’acquitter de son obligation?

Les observations des parties

Le demandeur

[82] Le demandeur prétend que cette question satisfait au critère applicable en matière de certification, puisqu’il s’agit d’une question grave de portée générale qui serait déterminante quant à l’issue de l’appel. Voir l’arrêt *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 89, au paragraphe 11.

[83] The question is one of general importance because it applies to all individuals with mental illness that appear before the panel. People with mental illness constitute a vulnerable group, and it is imperative that the procedural protections they receive are clear and well defined in order to ensure that they are able to participate effectively in the hearing.

[84] Although subsection 167(2) of the Act grants discretion to decision makers when determining whether a designated representative is required, this discretion must still be exercised in a manner that ensures procedural fairness. According to the applicant, “the rules and limitations on the exercise of this discretion are not inherent in the statute and jurisprudence is required to determine what they are.”

[85] Addressing the question posed by the applicant would determine if the panel has a duty to exercise its discretion under subsection 167(2) and form an opinion as to whether a person is capable of understanding the nature of the proceedings. Furthermore, it would clarify the procedural fairness obligations that must be met in exercising this discretion.

[86] Finally, the applicant submits that this question is dispositive of the applicant’s appeal, since his argument is based on the panel’s failure to meet its statutory duty to determine whether he was capable of understanding the nature of the proceedings. This is important to consider, since the parties in this instance disagree as to whether a duty exists in this instance and, if so, what this duty entails.

Respondent

[87] The respondent says that it is “of the view that a certified question is not appropriate in this instance, on the basis that the factual record is insufficient to justify a question that meets the test for certification”.

[83] La question est de portée générale parce qu’elle s’applique à toutes les personnes souffrant d’une maladie mentale qui comparaissent devant le tribunal. Les personnes atteintes d’une maladie mentale sont vulnérables, et il est impératif que les garanties procédurales dont elles bénéficient soient claires et bien définies pour veiller à ce qu’elles puissent participer efficacement à l’audience.

[84] Bien que le paragraphe 167(2) de la Loi confère aux décideurs le pouvoir discrétionnaire de déterminer si la désignation d’un représentant est nécessaire, ce pouvoir doit néanmoins être exercé de manière à assurer l’équité procédurale. Selon le demandeur, [TRADUCTION] « les règles et les restrictions quant à l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne sont pas inhérentes à la loi, et la jurisprudence sert à définir leur portée ».

[85] Répondre à la question posée par le demandeur permettrait de déterminer si le tribunal a l’obligation d’exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 167(2) et de se faire une opinion quant à savoir si une personne est capable de comprendre la nature de la procédure. Cela permettrait également de préciser les obligations d’équité procédurale qui doivent être respectées dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[86] Enfin, le demandeur affirme que cette question est déterminante quant à l’issue de son appel, puisque son argument est fondé sur le défaut du tribunal de respecter l’obligation que lui impose la loi de déterminer s’il était capable de comprendre la nature de la procédure. Il est important d’examiner cette affirmation, puisque les parties en l’espèce ne s’entendent pas sur la question de l’existence d’une telle obligation et, le cas échéant, des effets qu’elle entraîne.

Le défendeur

[87] Selon le défendeur, [TRADUCTION] « il ne convient pas de certifier une question en l’espèce puisque les faits ne suffisent pas à justifier une telle certification ».

Conclusions on Certification

[88] I agree with the applicant that certification is appropriate for the question at hand. While there is discretion granted to the panel under subsection 167(2) to determine whether an applicant can appreciate the nature of the proceedings, it is important that this discretion be exercised in a procedurally fair manner.

[89] The issue at hand is certainly a serious question of general importance. See *Zazai*, above, and *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129. This issue is also one that is dispositive of the appeal. Indeed, in determining whether the panel adhered to principles of procedural fairness by discharging its onus under subsection 167(2) of the Act, it must first be determined exactly what (if any) duty the panel has to the mentally ill based on this subsection of the Act.

[90] Furthermore, the question arises from the basic issue in this case, and it is an issue that is addressed in the reasons. Based on these considerations, it continues to meet the threshold for a certified question under *Varela*, above.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that

1. The application is dismissed.
2. The following question is certified:

When evidence is presented that an appellant is suffering from a mental illness, does a duty arise in the IAD to determine in accordance with subsection 167(2), whether or not the appellant is capable of understanding the nature of the appeal proceedings? If so, what formal procedural steps must be taken by the Board to meet this duty?

Les conclusions sur la certification

[88] Je suis d'accord avec le demandeur pour dire qu'il convient de certifier la question en cause. Bien que le paragraphe 167(2) confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de déterminer si le demandeur peut comprendre la nature de la procédure, il est important que ce pouvoir soit exercé d'une manière équitable sur le plan de la procédure.

[89] La question en cause est certainement une question grave de portée générale. Voir les arrêts *Zazai*, précité, et *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129. Cette question est également déterminante quant à l'issue de l'appel. En effet, pour déterminer si le tribunal a adopté les principes d'équité procédurale en s'acquittant de l'obligation que lui impose le paragraphe 167(2) de la Loi, il faut d'abord déterminer quelle est l'obligation précise (le cas échéant) que le tribunal a envers les personnes souffrant d'une maladie mentale suivant cette disposition de la Loi.

[90] De plus, la question à certifier découle de la question fondamentale en litige, laquelle est examinée dans les motifs. En fonction de ces facteurs, elle satisfait au critère en matière de certification établi dans l'arrêt *Varela*, précité.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La demande est rejetée.
2. La question suivante est certifiée :

Lorsqu'il est prouvé que le demandeur souffre d'une maladie mentale, la SAI a-t-elle l'obligation de déterminer, conformément au paragraphe 167(2), si le demandeur est en mesure de comprendre la nature de la procédure d'appel? Dans l'affirmative, quelles sont les mesures formelles que la Commission devrait prendre dans l'instance pour s'acquitter de son obligation?