

A-1290-92

A-1290-92

**Mohamed Mahmoud Shirwa** (*Applicant*)**Mohamed Mahmoud Shirwa** (*requérant*)

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration** (*Respondent*)**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration** (*intimé*)*INDEXED AS: SHIRWA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: SHIRWA c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Denault J.—Ottawa, November 25 and December 16, 1993.

Section de première instance, juge Denault—Ottawa, 25 novembre et 16 décembre 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Member of Somalian clan persecuted by larger clans, military for religious practices — Led to believe represented before CRDD by lawyer — “Counsel”, non-lawyer, representing applicant in entirely incompetent manner — Law Society unable to afford relief as “counsel” not member — Incompetence of counsel ground for judicial review when breach of natural justice — Negligence of counsel specific, demonstrated by evidence — Fair hearing denied — Tribunal erred in finding no objective basis to fear persecution — Need not prove post persecution — Failure to consider evidence of persecution of applicant’s clan.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Membre d’un clan somalien victime de persécution de la part des grands clans et des militaires en raison de certaines pratiques religieuses — Le requérant a été amené à croire qu’il était représenté par un avocat devant la SSR — Un «conseil», qui n’était pas avocat, a représenté le requérant de façon tout à fait incompétente — La Société du barreau n’a pu accorder un redressement, car le «conseil» ne faisait pas partie de ses membres — L’incompétence du conseil justifie un contrôle judiciaire lorsqu’il y a violation d’un principe de justice naturelle — La négligence du conseil ressort de la preuve de façon précise — Le requérant n’a pas eu droit à une audience impartiale — Le tribunal a commis une erreur en concluant que la crainte d’être persécuté n’était pas objective — La preuve d’une persécution antérieure n’est pas requise — Le tribunal a omis de tenir compte de la preuve relative à la persécution du clan auquel le requérant appartenait.*

This was an application for judicial review of the Convention Refugee Determination Division (CRDD) decision that the applicant was not a Convention refugee. The applicant is from Somalia and a member of the Musetur clan, members of which are subjected to persecution in the form of denial of higher education and expropriations by the military because they are considered “untouchable” due to certain religious practices. In May 1990 he was arrested after participating in a demonstration against the ruling clans. He was held without charge for four months until he escaped. He hid in his village until he left the country. On the day before his Convention refugee hearing, the applicant’s counsel informed him that another lawyer, Mr. Flynn, would be representing him. Mr. Flynn indicated that he would be the applicant’s “counsel” and the CRDD introduced him as counsel. “Counsel” was interpreted to the applicant as “lawyer”. Mr. Flynn merely entered the personal information form (PIF) and asked the claimant to swear to the veracity of its contents. He neither examined the applicant nor provided any details of the applicant’s claim to support the PIF. He undertook to make written submissions, but did not do so. The CRDD found the applicant not to be a Convention refugee, even though his testimony was found to be credible, because the applicant’s political activities had been directed against the former regime. It held that there was no reason to believe that the present authorities would persecute him for what he had

Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire visant la décision de la section du statut de réfugié (SSR) dans laquelle il est déterminé que le requérant n’est pas un réfugié au sens de la Convention. Le requérant est somalien et appartient au clan Musetur, dont les membres sont persécutés parce qu’ils sont considérés comme des «intouchables» en raison de certaines pratiques religieuses. Ainsi, les membres de ce clan se voient refuser l’accès à l’enseignement supérieur et font l’objet d’expropriations par les militaires. En mai 1990, le requérant a été arrêté après avoir participé à une manifestation contre les clans dirigeants. Il a été détenu pendant quatre mois sans qu’aucune accusation ne soit portée contre lui, puis il s’est évadé. Il s’est caché dans son village jusqu’à ce qu’il quitte le pays. Le jour précédant l’audience devant la section du statut de réfugié, le conseil du requérant a appris à ce dernier qu’un autre avocat, M. Flynn, allait le représenter. Ce dernier a informé le requérant qu’il serait son «conseil», et la SSR l’a présenté comme étant le conseil du requérant. L’interprète a traduit «conseil» par «avocat» à l’intention du requérant. M. Flynn s’est contenté de produire le formulaire de renseignements personnels et a demandé au requérant de certifier que les renseignements contenus dans le formulaire étaient exacts. Il n’a ni interrogé le requérant ni donné de détails sur la demande du requérant à l’appui du formulaire. Il s’est engagé à formuler des observations par écrit, mais il n’en a présenté aucune. La SSR a déter-

done under the previous regime. The applicant filed a complaint with the Law Society, which responded that Mr. Flynn was not a barrister and solicitor. The issues were (1) whether the applicant's right to a fair hearing was compromised because of the incompetence of his representative, and whether this was a reviewable error; (2) whether the tribunal erred in law in its determination that there was no objective basis for the applicant's fear of persecution.

*Held*, the application should be allowed.

The incompetence of counsel in the context of a refugee hearing is ground for review of the tribunal's decision on the basis of a breach of natural justice. Where, through no fault of the applicant, the effect of counsel's misconduct is to completely deny the applicant the opportunity of a hearing, a reviewable breach of fundamental justice has occurred. Where a hearing does occur, the decision can be reviewed only in "extraordinary circumstances", where there is sufficient evidence to establish the "exact dimensions of the problem" and where the review is based on a "precise factual foundation", as general dissatisfaction with the quality of representation freely chosen by the applicant should not provide grounds for judicial review of a negative decision. Where the incompetence or negligence of the applicant's representative is sufficiently specific and clearly supported by the evidence, such negligence or incompetence is inherently prejudicial to the applicant and will warrant overturning the decision, notwithstanding the lack of bad faith or absence of a failure to do anything on the part of the tribunal. Even though a hearing occurred, the circumstances warranted overturning the decision on the basis of incompetence and/or negligence of the applicant's representatives for the following reasons: (1) The applicant was led to believe that Mr. Flynn was a lawyer and this misrepresentation was not corrected at the hearing. (2) Mr. Flynn was negligent in that his representation of the applicant consisted solely of entering the PIF into evidence. His conduct during the hearing was not reasonable care. (3) The failure to provide written submission was prejudicial to the applicant. Mr. Flynn failed to respond to any of the concerns expressly identified by the Refugee Hearing Officer i.e. that there might be insufficient evidence establishing identity and nationality, and the link between the applicant and the persecuting agent in situations of generalized violence, based on his determination that the applicant's lack of credibility had been established. That determination was not his to make. (4) The "other relief" sought by the applicant, the complaint to the Law Society, was limited as the Law Society could not bring any proceedings against Mr. Flynn. The cumulative effect of all of these reasons was that the conduct of the applicant's representatives was inherently prejudicial to him. This prejudice amounted to a denial of natural justice, in that the applicant was denied a full and fair hearing, and the decision of the tribunal was reviewable on this basis.

miné que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention, même si son témoignage était, selon elle, digne de foi, parce que les activités politiques du requérant visaient l'ancien régime. Elle a conclu qu'il n'y avait aucune raison de croire que les autorités actuelles persécuteraient le requérant à cause de son opposition à l'ancien régime. Le requérant a présenté une plainte à la Société du barreau, mais celle-ci lui a répondu que M. Flynn n'était pas avocat. Les questions en litige sont les suivantes: 1) le droit du requérant à une audition impartiale a-t-il été violé en raison de l'incompétence du représentant et un contrôle judiciaire est-il justifié pour ce motif? et 2) le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en déterminant que la crainte du requérant d'être persécuté n'avait aucun fondement objectif?

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

L'incompétence manifestée par un avocat à l'audition d'une demande du statut de réfugié justifie le contrôle judiciaire de la décision du tribunal, en raison de la violation d'un principe de justice naturelle. Lorsque le requérant n'a commis aucune faute, mais que le manque de diligence de son avocat a pour effet de le priver totalement de son droit d'être entendu, il y a manquement à un principe de justice naturelle, en sorte qu'un contrôle judiciaire est fondé. Lorsqu'une audience a lieu, la décision ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire que dans des «circonstances extraordinaires», s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour établir «l'étendue du problème» et que le contrôle judiciaire a «pour fondement des faits très précis». L'insatisfaction d'ordre général à l'égard de la qualité de la représentation assurée par l'avocat que le requérant a librement choisi ne saurait justifier le contrôle judiciaire d'une décision défavorable. Lorsque l'incompétence ou la négligence du représentant ressort de la preuve de façon suffisamment claire et précise, elle est en soi préjudiciable au requérant et elle justifie l'annulation de la décision, même si le tribunal n'a pas agi de mauvaise foi ni omis de faire quoi que ce soit. Bien qu'une audience ait eu lieu, les circonstances justifient l'annulation de la décision à cause de l'incompétence ou de la négligence, ou les deux, des représentants du requérant et ce, pour les motifs suivants. 1) Le requérant a été amené à croire que M. Flynn était avocat et les faits n'ont pas été rétablis à l'audience. 2) M. Flynn a fait preuve de négligence en se contentant, aux fins de représenter le requérant, de produire en preuve le formulaire de renseignements personnels. Il n'a pas fait preuve de diligence raisonnable pendant l'audience. 3) L'omission de formuler des observations par écrit a causé un préjudice au requérant. M. Flynn n'a donné suite à aucune des indications de l'agent d'audience selon lesquelles la preuve pouvait ne pas être suffisante quant à l'identité et à la nationalité du requérant, de même qu'à l'égard du lien entre le requérant et l'auteur de la persécution dans un contexte de violence généralisée. Selon M. Flynn, il avait été établi que le témoignage du requérant n'était pas digne de foi; or, il ne lui appartenait pas de conclure à cet égard. 4) L'«autre recours» exercé par le requérant, soit la plainte à la Société du barreau, avait une portée limitée étant donné que cette dernière ne pouvait pas prendre de mesures contre M. Flynn. Il ressort de tous ces motifs que la conduite des représentants du requérant était, en soi, préjudiciable à ce dernier. Il en a résulté un manquement aux principes de la jus-

The tribunal erred in law in finding that the applicant did not have an objective basis for his fear of persecution as it failed to consider, or erred in its consideration of, important elements of the Convention refugee definition, in particular with respect to the issue of past persecution and the inability of the applicant to avail himself of the protection of the state. The tribunal's finding that there was no evidence of past persecution of the applicant in the form of a denial of education or present persecution by the "main power brokers in Somalia today" constituted an error in law. The applicant need not prove past persecution to found his claim in the future. By requiring proof of past persecution in order to find an objective basis for the applicant's fear in the future, the tribunal asked the wrong question. It also failed to deal with the evidence of persecution of the Musetur clan by other clans, in terms of "reprehensible acts" allegedly committed against the Musetur (the group to which the applicant belonged, as opposed to the applicant personally). A determination that there was no proof that the main power brokers in Somalia today are persecuting the Musetur without identifying these individuals or groups was not sufficient.

tice naturelle, étant donné que le requérant n'a pas eu droit à une audience impartiale et complète, en sorte que la décision du tribunal peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

a La crainte du requérant d'être persécuté n'était pas objective, vu qu'il n'a pas tenu compte d'éléments importants de la définition de «réfugié au sens de la Convention» ou qu'il a commis une erreur en le faisant, tout particulièrement en ce qui a trait à la persécution antérieure et à l'incapacité du requérant de se réclamer de la protection de son pays. La conclusion du tribunal selon laquelle il n'était pas établi que le requérant avait été victime de persécution dans le passé en se voyant refuser l'accès au système d'éducation ou qu'il ferait présentement l'objet de persécution par les «principaux détenteurs du pouvoir en Somalie à l'heure actuelle», équivaut à une erreur de droit. Le requérant n'a pas à prouver qu'il a été persécuté dans le passé pour établir le bien-fondé de ses prétentions quant à l'avenir. En exigeant une preuve de persécution antérieure pour établir que la crainte avait un fondement objectif quant à l'avenir, le tribunal a procédé incorrectement. Il a également omis de tenir compte de la preuve relative à la persécution du clan Musetur par les autres clans, malgré les «actes répréhensibles» qui auraient été commis à l'égard du clan Musetur (auquel appartenait le requérant, et non à l'égard du requérant personnellement). Statuer qu'il n'y a pas de preuve que les «principaux détenteurs du pouvoir en Somalie à l'heure actuelle» persécutent les membres du clan Musetur, sans préciser qui sont ces personnes ou ces groupes, n'est pas suffisant.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 18).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238; (1990), 71 D.L.R. (4th) 604; 11 Imm. L.R. (2d) 81; 112 N.R. 61 (C.A.); *Huynh v. Minister of Employment and Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11; 21 Imm. L.R. (2d) 18 (F.C.T.D.); *Mathon v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193; 28 F.T.R. 217; 9 Imm. L.R. (2d) 132 (F.C.T.D.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238; (1990), 71 D.L.R. (4th) 604; 11 Imm. L.R. (2d) 81; 112 N.R. 61 (C.A.); *Huynh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11; 21 Imm. L.R. (2d) 18 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Mathon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193; 28 F.T.R. 217; 9 Imm. L.R. (2d) 132 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## REFERRED TO:

*Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266.

APPLICATION for judicial review of a Convention Refugee Determination Division decision that the applicant was not a Convention refugee. Application allowed.

## COUNSEL:

*Richard J. Mahoney* for applicant.  
*Linda Wall* for respondent.

## SOLICITORS:

*Richard J. Mahoney*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

DENAULT J.: This is an application for judicial review of a decision of the Convention Refugee Determination Division (CRDD) of the Immigration and Refugee Board rendered June 2, 1992 which found the applicant not to be a Convention refugee. The applicant seeks an order setting aside the decision and declaring that the applicant is a Convention refugee or, in the alternative, an order referring the matter back to a differently constituted panel.

## FACTS

The applicant is a Somali and a member of the Musetur clan from 30 km west of Mogadishu. It is one of the smallest clans in Somalia and associated with the Hiwaye clan. Despite this association, members of the clan are subject to persecution by the Hiwaye and other large clans because they are considered "untouchable" due to certain religious practices. This persecution takes the form of denial of higher education and expropriations by the military. In May of 1990, the applicant was involved in a dem-

## DÉCISIONS CITÉES:

*Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision de la section du statut de réfugié dans laquelle il est déterminé que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Demande accueillie.

## AVOCATS:

*Richard J. Mahoney* pour le requérant.  
*Linda Wall* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Richard J. Mahoney*, Ottawa, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimé.

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

LE JUGE DENAULT: Il s'agit, en l'espèce, d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision rendue le 2 juin 1992 par la section du statut de réfugié (SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, dans laquelle il est déterminé que le requérant n'est pas un réfugié au sens de la Convention. Le requérant demande à la Cour d'annuler la décision et de rendre un jugement déclaratoire selon lequel il est un réfugié au sens de la Convention ou, subsidiairement, de prononcer une ordonnance ayant pour effet de renvoyer l'affaire à un tribunal différemment constitué.

## LES FAITS

Le requérant, qui est Somalien, appartient au clan Musetur, habitant à trente kilomètres à l'ouest de Mogadiscio. Son clan est l'un des plus petits de la Somalie et il est lié au clan Hiwaye. Malgré ce lien, ses membres sont persécutés par ce dernier ainsi que par d'autres grands clans, parce qu'ils sont considérés comme des «intouchables» en raison de certaines pratiques religieuses. Ainsi, ils se voient refuser l'accès à l'enseignement supérieur et ils font l'objet d'expropriations par les militaires. En mai 1990, le

onstration in his village against the ruling clans. As a result, he was arrested at the school where he was teaching in Mogadishu and held without charge for four months. He escaped when United Somali Congress (USC) rebels attacked the prison. The applicant then hid in his village until he left the country. He arrived in Canada in May of 1991.

The applicant's CRDD hearing was scheduled for March 20, 1992. On the day prior to his hearing, the applicant's counsel informed him that another lawyer by the name of Gerald Flynn would be representing him. At the beginning of the hearing, Mr. Flynn indicated to the applicant that he would be his counsel. The CRDD also introduced Mr. Flynn as counsel. On both occasions, "counsel" was interpreted to the applicant as "lawyer" and no correction was made. The following is an account of what transpired at the hearing as related in the affidavit of Janet van der Vink, who listened to the tapes of the hearing (a transcription was not available):

3. Counsel for the claimant then submitted a change of telephone number to the personal information form (PIF), entered no documents in evidence other than the PIF, asked the claimant to swear to the contents of the PIF as being true, then stated: "That's my case, Mr. Chairman".

4. At 12:20, following a break in the hearing, it was suggested by the Board that the refugee hearing officer (RHO) make his final submissions and that the "lawyer" send in his submissions later on. Mr. Flynn agreed. He in fact stated "That's exactly what I suggested outside to [RHO] and since I only came on this last night, I'd at least like to put in writing, I undertake to do so by Monday or Tuesday."

6. The RHO stated that the issues in the claim were credibility, regarding personal identity and nationality, and change in circumstance.

7. The RHO stated that there was no evidence to establish credibility, unless Mr. Flynn could provide "third party documentation" where the claimant was mentioned by name, and that the clan affiliation (Musetur) of the claimant was obscure.

8. The RHO stated that he could "safely suggest" that the agents of persecution were everyone in Somalia not Musetur.

requérant a participé, dans son village, à une manifestation contre les clans dirigeants. Cela lui a valu d'être arrêté à l'école où il enseignait, à Mogadiscio, puis d'être détenu pendant quatre mois sans qu'aucune accusation ne soit portée contre lui. Il s'est évadé lorsque les rebelles du Congrès de la Somalie unifiée (USC) ont pris d'assaut la prison. Le requérant s'est ensuite caché dans son village jusqu'à ce qu'il quitte le pays. Il est arrivé au Canada en mai 1991.

L'audience devant la SSR a été fixée au 20 mars 1992. La veille, le conseil du requérant a appris à ce dernier qu'un autre avocat, Gerald Flynn, allait le représenter. Au début de l'audience, M. Flynn a informé le requérant qu'il serait son conseil. La SSR a également présenté M. Flynn comme étant le conseil du requérant. Les deux fois, l'interprète a traduit «conseil» par «avocat», et aucune rectification n'a été faite. Voici ce qui s'est passé à l'audience selon la déclaration sous serment de Janet van der Vink, qui a écouté les bandes d'enregistrement (aucune transcription ne pouvant être obtenue):

[TRADUCTION] 3. Le conseil du requérant a ensuite signalé un changement de numéro de téléphone aux fins du formulaire de renseignements personnels, il n'a produit aucun autre document que le formulaire à titre d'élément de preuve, il a demandé au demandeur de certifier que les renseignements contenus dans le formulaire étaient exacts, puis il a dit: «Voilà, monsieur le président, la preuve que j'ai à offrir.»

4. À 12 h 20, après une interruption de l'audience, la Commission a proposé que l'agent d'audience formule ses observations finales et que l'«avocat» fasse parvenir les siennes ultérieurement. M. Flynn a accepté. En fait, il a dit: [TRADUCTION] «C'est exactement ce que j'ai proposé à l'agent d'audience, pendant la pause, et comme je n'ai été saisi du dossier qu'hier soir, j'aimerais à tout le moins formuler mes observations par écrit. Je m'engage à le faire d'ici à lundi ou mardi.»

6. L'agent d'audience précise que les questions en litige touchent à la crédibilité du témoignage du demandeur en ce qui concerne son identité et sa nationalité, ainsi qu'à la modification des circonstances.

7. L'agent d'audience dit que la crédibilité du témoignage du demandeur ne peut être établie, à moins que M. Flynn ne produise des «documents provenant de tiers» où le nom du demandeur est mentionné, et que l'appartenance du demandeur au clan (Musetur) n'est pas claire.

8. L'agent d'audience fait remarquer qu'il peut avancer, «sans trop s'aventurer», que la persécution est le fait de tout Soma-

He invited Mr. Flynn to correct this assertion in his submissions.

9. The RHO then explained the law and stated that a convention refugee must be identifiable in some way, whether personally or by group association. He then stated that "if the harm that is feared is one that is feared equally by all persons in a country, then there may be some question as to whether the definition applies." He referred to the situation in Somalia today and then stated:

The panel may wish to decide, or at least to consider in passing, whether there is still sufficient focus remaining to fit this person within the definition, in light of the generalized violence aspect. I'm not suggesting to you that it does or doesn't, merely that as chaos increases, that becomes a more important consideration. Mr. Flynn is now going to correct my errors in writing.

10. The hearing was concluded after Mr. Flynn agreed to send in his submissions by Friday, 27 March 1992.

Mr. Flynn made no written submissions and the CRDD found the applicant not to be a Convention refugee even though his testimony was found to be credible.

The applicant filed a complaint with the Law Society of Upper Canada about Mr. Flynn's conduct. The Law Society responded that Mr. Flynn was not a member and that there was nothing in their records to indicate he was a barrister or solicitor. The applicant wrote again to the Law Society basing the complaint on an allegation that his previous counsel, Mr. Kee, was a lawyer and member of the Law Society and that this counsel had held Mr. Flynn out to be a lawyer. In its response of November 23, 1993, the Law Society indicated that there was little evidence of misconduct on the part of Mr. Kee. However, in his submissions to the Law Society Mr. Kee indicated what he believed transpired during and after the hearing:

It became clear to Mr. Flynn that at the end of the hearing an adverse decision was going to be made against Mr. Shirwa on the basis of credibility. Accordingly, in an effort to postpone any immediate decision, Mr. Flynn requested that the Board permit him to file written reasons. The Board granted this request. Mr. Flynn realized however once he had a chance to review Mr. Shirwa's testimony that the lack of credibility had been established and there was no legal or factual argument to present. He advised the hearing officer that he had nothing fur-

lien qui n'est pas membre du clan Musetur. Il invite M. Flynn à modifier ses observations en ce sens.

9. L'agent d'audience fait état du droit applicable et il précise que le réfugié au sens de la Convention doit pouvoir être identifié d'une manière ou d'une autre, que ce soit personnellement ou par son appartenance à un groupe. Puis, il dit que «si les actes appréhendés sont également craints par tous les habitants d'un pays, alors on peut se demander si la définition s'applique». Il fait mention de la situation actuelle en Somalie et il ajoute:

Le tribunal peut déterminer ou, à tout le moins, se demander, en passant, si suffisamment de conditions demeurent remplies pour que cette personne soit visée par la définition, compte tenu de la violence généralisée qui a cours dans ce pays. Je ne me prononce pas sur la question, mais je signale tout simplement que, l'anarchie prenant de plus en plus d'ampleur, la question gagne en importance. M. Flynn va maintenant apporter par écrit les corrections qu'il estime nécessaires.

10. L'audience est levée après que M. Flynn eut accepté de produire ses observations au plus tard le vendredi 27 mars 1992.

Or, M. Flynn n'a pas présenté d'observations par écrit, et la SSR a déterminé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention même si son témoignage était, selon elle, digne de foi.

Le requérant a présenté une plainte à la Société du barreau du Haut-Canada concernant la conduite de M. Flynn. L'organisme a répondu que M. Flynn ne faisait pas partie de ses membres et que, selon ses registres, il n'était pas avocat. Le requérant a de nouveau saisi la Société du barreau d'une plainte en s'appuyant sur le fait, cette fois, que son conseil précédent, M. Kee, était avocat et membre du Barreau et que celui-ci lui avait laissé entendre que M. Flynn était avocat. Dans une lettre datée du 23 novembre 1993, la Société du barreau a répondu qu'elle disposait de peu d'éléments de preuve établissant que M. Kee n'avait pas agi correctement. Voici un extrait des observations que M. Kee a formulées à l'intention de la Société du barreau, où il explique comme suit ce qui, selon lui, s'est passé pendant et après l'audience:

[TRADUCTION] Il a semblé clair à M. Flynn, à la fin de l'audience, qu'une décision défavorable allait être rendue parce que le témoignage de M. Shirwa n'était pas digne de foi. Par conséquent, afin de différer le prononcé de la décision, M. Flynn a demandé à la Commission l'autorisation de produire des observations par écrit, et la Commission a fait droit à sa demande. Cependant, M. Flynn s'est rendu compte, dès qu'il a eu l'occasion d'examiner le témoignage de M. Shirwa, que l'absence de crédibilité avait été établie et qu'aucun argument

ther to add. The Board found that Mr. Shirwa was not a credible refugee claimant based on the inconsistencies of his testimony.

In fact, the CRDD found the applicant to be credible.

It is important to note that the facts relating to the applicant's representatives were not in dispute. The affidavit attaching the correspondence from the Law Society was introduced by the applicant with the consent of the respondent.

## DECISION

The relevant part of the CRDD members' decision reads as follows:

The claimant's testimony as a whole appeared to us to be credible. In the absence of any trustworthy evidence which would lead us to doubt what the claimant has stated under oath, we accept the facts related in his testimony as having been established.

Does the evidence substantiate a well-founded fear of persecution by reason of his political opinion and his membership in a particular social group on the part of the claimant? We do not find that it does. On the basis of our evaluation of the evidence as a whole, there is no reasonable chance that the claimant would be persecuted if he returned to his country of nationality, for the following reasons.

The whole claim is based on one incident which happened on May 10th, 1990. Although, the claimant took part in some anti-regime activities which resulted in his arrest and detention, but the fact remains that the claimant's political activities were directed against the Siad Barre regime which is no longer in power.

The claimant left his country in October 1990 and ever since, politically speaking, he has not done anything against the present authorities. There is, therefore, no reason to believe that the present authorities would be interested in persecuting him for that matter or for what he has done against the Siad Barre regime.

Regarding the second criterion upon which the claimant has based his claim, no evidence was provided either by the claimant or his counsel to prove that the main power brokers in Somalia today are persecuting members of the Qoryley [sic] [Musetur] clan. Despite the claimant's allegations that his clan members were prevented from having formal education, the claimant's PIF reveals that he went to school from 1976 until 1985 and that from November 1985 until May 1990 he was working in Somalia as a teacher.

juridique ou factuel ne pouvait être présenté. Il a informé l'agent d'audience qu'il n'avait rien à ajouter. La Commission a conclu que M. Shirwa n'était pas digne de foi, à cause des contradictions que son témoignage comportait.

<sup>a</sup> Dans les faits, la SSR a jugé que le requérant était digne de foi.

<sup>b</sup> Il importe de signaler que les faits qui se rapportent aux représentants du requérant ne sont pas en litige. La déclaration sous serment jointe à la correspondance de la Société du barreau a été produite par le requérant, avec le consentement de l'intimé.

## <sup>c</sup> DÉCISION

Voici l'extrait pertinent de la décision de la SSR:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Dans l'ensemble, le témoignage du demandeur nous a semblé digne de foi. À défaut de tout élément de preuve fiable nous incitant à douter de l'exactitude du témoignage sous serment du demandeur, nous tenons les faits relatés dans son témoignage pour avérés.

<sup>e</sup> La preuve établit-elle que le demandeur craint avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques et de son appartenance à un groupe social? Nous ne le croyons pas. Compte tenu de notre appréciation de la preuve dans son ensemble, il n'y a pas de possibilité raisonnable que le demandeur soit persécuté s'il retourne dans le pays dont il a la nationalité et ce, pour les motifs suivants.

<sup>g</sup> La demande se fonde uniquement sur un incident qui s'est produit le 10 mai 1990. Le demandeur a participé à des activités dirigées contre le régime en place et, pour cette raison, il a été arrêté, puis détenu. Or, les activités politiques du demandeur visaient le régime de Siyad Barre, lequel ne dirige plus le pays.

<sup>h</sup> Le demandeur a quitté son pays en octobre 1990 et, depuis lors, il n'a pris part à aucune activité politique dénonçant les autorités actuelles. Il n'y a donc aucune raison de croire que celles-ci seraient enclines à le persécuter parce qu'il a quitté le pays ou à cause de son opposition au régime de Siyad Barre.

<sup>i</sup> En ce qui concerne le deuxième motif invoqué à l'appui de la demande, ni le demandeur ni son conseil n'ont présenté d'éléments de preuve établissant que, à l'heure actuelle, les principaux détenteurs du pouvoir en Somalie persécutent les membres du clan Qoryley [sic] [Musetur]. Bien qu'il prétende que les membres de son clan n'ont pas accès au système d'éducation, il ressort du formulaire de renseignements personnels qu'il a fréquenté l'école de 1976 à 1985 et que, de novembre 1985 à mai 1990, il a enseigné en Somalie.

## ISSUES

Counsel for the applicant and the respondent raised a number of issues before me. Two of these questions merit consideration here, though a favourable finding on any one is sufficient to dispose of this application. They are as follows:

1. Was the applicant's right to a fair hearing denied because of the incompetence of his representative(s) and is this a reviewable error?
2. Did the tribunal err in law in its determination that there was no objective basis for the applicant's fear of persecution?

## NEGLIGENCE/INCOMPETENCE OF REPRESENTATIVE

The starting point for an analysis of the applicant's right to a competent and careful representative is Mr. Justice MacGuigan's decision in *Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238 (C.A.). That case involved a situation where counsel fell asleep repeatedly during the refugee claimant's credible basis hearing. MacGuigan J.A. refers to an American criminal case which held that sleeping counsel is inherently prejudicial to the defendant when he states, at pages 247-248:

I would be prepared to adopt such a holding, but I would emphasize that in any case where it was applied it would have to be based on a very precise factual foundation. . . . Given the possibility that a judgment of this kind could found either an action in negligence by the aggrieved client or disciplinary proceedings by the relevant law society, to say nothing of the general loss of reputation on the part of such a sleeping counsel, a Court would want to be sure that its conclusion was warranted before so pronouncing.

Mr. Justice MacGuigan then reviews the evidence in the transcript regarding counsel's actions and found that there was [at page 248] "enough evidence to establish that there was a problem, but not the exact dimensions of the problem" and, hence, dismissed the application.

This decision was considered by Mr. Justice Rothstein in *Huynh v. Minister of Employment and Immi-*

## QUESTIONS EN LITIGE

Les avocats des deux parties ont soulevé un certain nombre de questions devant moi. Deux d'entre elles méritent d'être examinées en l'espèce, bien qu'une conclusion favorable à l'égard d'une seule suffirait pour statuer sur la demande. Voici quelles sont les deux questions:

1. Le droit du requérant à une audition impartiale a-t-il été violé en raison de l'imcompétence de son ou de ses représentants et un contrôle judiciaire est-il justifié pour ce motif?
2. Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en déterminant que la crainte du requérant d'être persécuté n'avait aucun fondement objectif?

## NÉGLIGENCE OU INCOMPÉTENCE DU REPRÉSENTANT

Aux fins d'analyser le droit du requérant aux services d'un représentant à la fois compétent et diligent, il convient d'examiner la décision du juge MacGuigan, J.C.A. dans *Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238 (C.A.). Dans cette affaire, le conseil avait dormi à plusieurs occasions pendant l'audience relative au minimum de fondement. Invoquant un jugement américain rendu dans une affaire pénale, où il est statué que le fait qu'un avocat dorme à l'audience cause en soi un préjudice à la partie défenderesse, le juge MacGuigan conclut ce qui suit, aux pages 247 et 248:

Je serais disposé à adopter cette conclusion, mais je soulignerais que dans tous les cas où elle sera appliquée, elle devrait avoir pour fondement des faits très précis. . . . Vu la possibilité qu'un jugement de la sorte puisse motiver soit une action pour négligence de la part du client lésé, soit des procédures disciplinaires de la part du barreau concerné, pour ne rien dire du tort causé à la réputation de l'avocat somnolent, le tribunal compétent tiendrait à s'assurer du bien-fondé de sa conclusion avant de la tirer.

Le juge MacGuigan examine ensuite les éléments de preuve que renferme la transcription concernant les actes de l'avocat, puis il conclut que celle-ci contient [à la page 248] «suffisamment de preuves pour établir l'existence d'un problème, sans toutefois préciser son étendue». Il rejette donc la demande.

Cette décision a été prise en considération par le juge Rothstein dans *Huynh c. Ministre de l'Emploi et*



*gration* (1993), 65 F.T.R. 11 (F.C.T.D.). In that case, the alleged misconduct of counsel involved a failure to tell the applicant's entire story, a failure to review the PIF with the applicant prior to the hearing and completion of it at the hearing, a failure to submit all of the available information on country conditions, a failure to object to problematic interpretation, counsel's lack of familiarity with the refugee process and a failure to advise the applicant of the possibility of judicial review. Rothstein J. found, at page 15 that:

The applicant may have other relief against counsel who represented him at the credible basis hearing. But on the question of representation by counsel, I cannot find that the credible basis tribunal committed an error of law in this case. It seems to me that in many cases unsuccessful litigants may wish to blame the result on the inadequacy of counsel. Where there is merit to such a claim, a client may be able to proceed against counsel and secure recovery. However, in my opinion, the failure of counsel, freely chosen by a client, cannot, in any but the most extraordinary case, result in an overturning of a decision on appeal or judicial review.

In a case involving the former Immigration Appeal Board and counsel's failure to file an application for a redetermination of a refugee claim within the 15-day limitation period, Mr. Justice Pinard found that section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982*, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] included "the right to be represented by competent and careful counsel, if he so desires, and the right to a full and complete hearing" (*Mathon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193 (F.C.T.D.) at page 208). He cites in support of this proposition *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 and *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Pinard J. states further that:

It is true that in the case at Bar neither the Minister, persons acting under his authority nor the Board did or failed to do anything. . . . However, that cannot be a reason for not applying the *Charter* in favour of the applicant, who has been a vic-

*de l'Immigration* (1993), 65 F.T.R. 11 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, l'avocat en cause a omis d'exposer l'histoire du demandeur en entier, il n'a pas examiné le formulaire de renseignements personnels avec le demandeur avant l'audience, mais il a rempli celui-ci à l'audience, il n'a pas présenté toute l'information pouvant être obtenue sur la situation dans le pays, il a omis de s'opposer à une interprétation problématique, il ne connaissait pas bien la procédure relative à la revendication du statut de réfugié et il n'a pas informé le demandeur de la possibilité d'un contrôle judiciaire. Le juge Rothstein conclut ce qui suit, à la page 15:

Le requérant peut avoir un autre recours contre l'avocat qui a occupé pour lui à l'audience sur le minimum de fondement. Mais au sujet de la représentation par avocat, je ne peux conclure que le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement a commis une erreur de droit en l'espèce. Il me semble que, dans beaucoup de cas, les plaideurs qui n'ont pas gain de cause peuvent désirer attribuer le résultat à l'incompétence des avocats en cause. Lorsqu'une telle prétention est fondée, un client peut agir contre un avocat en vue d'une réparation. J'estime toutefois que l'omission de la part d'un avocat, librement choisi par un client, ne saurait, en aucun cas à l'exception du cas le plus extraordinaire, entraîner l'annulation d'une décision à l'occasion d'un appel ou d'un contrôle judiciaire.

Dans une affaire mettant en cause l'ancienne Commission d'appel de l'immigration, où l'avocat a omis de présenter une demande de réexamen de la demande du statut de réfugié dans le délai de quinze jours, le juge Pinard conclut que l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] comprend «le droit d'être représenté par un avocat compétent et diligent, si [le demandeur] le désire, et le droit à une audition pleine et entière» (*Mathon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 38 Admin. L.R. 193 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 208). Il s'appuie à cet égard sur les arrêts *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 et *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Le juge Pinard ajoute ce qui suit:

Il est vrai qu'en l'occurrence ni le ministre, ni les personnes agissant sous son autorité, ni la Commission n'ont rien fait ou omis . . . Mais cela ne saurait empêcher l'application de la *Charte* au profit de la requérante, victime de la négligence

tim of negligence and/or error by her counsel. What matters is not the government's good or bad faith as defined by s. 32 of the *Charter*, but rather the actual safeguarding of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* for those persons who are really victims of a breach or a denial of the said rights or freedoms. [Underlining added.]

In that case, Mr. Justice Pinard adopts the standard of care applicable to the applicant's counsel's professional responsibility as defined in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at page 208:

A solicitor is required to bring reasonable care, skill and knowledge to the performance of the professional service which he has undertaken . . .

. . . [h]e must have a sufficient knowledge of the fundamental issues or principles of law applicable to the particular work he has undertaken to enable him to perceive the need to ascertain the law on relevant points.

While each of the foregoing cases involve a different type of misconduct on the part of counsel, it seems clear that the incompetence of counsel in the context of a refugee hearing provides grounds for review of the tribunal's decision on the basis of a breach of natural justice. The criteria for reviewing such a decision are not as clear, but it is possible to derive a number of principles from these cases. In a situation where through no fault of the applicant the effect of counsel's misconduct is to completely deny the applicant the opportunity of a hearing, a reviewable breach of fundamental justice has occurred (*Mathon*).

In other circumstances where a hearing does occur, the decision can only be reviewed in "extraordinary circumstances", where there is sufficient evidence to establish the "exact dimensions of the problem" and where the review is based on a "precise factual foundation." These latter limitations are necessary, in my opinion, to heed the concerns expressed by Justices MacGuigan and Rothstein that general dissatisfaction with the quality of representation freely chosen by the applicant should not provide grounds for judicial review of a negative decision. However, where the incompetence or negligence of the applicant's representative is sufficiently specific and clearly supported by the evidence such negligence or incompetence is

et/ou de l'erreur de son avocat. Ce qui importe, ce n'est pas la bonne ou mauvaise foi de l'État tel que défini à l'article 32 de la *Charte*, mais bien plutôt la sauvegarde réelle des droits ou libertés garantis par la *Charte* aux personnes véritablement victimes de violation ou de négation desdits droits ou libertés. [C'est moi qui souligne.]

Dans ce cas, le juge Pinard fait sienne la norme de diligence applicable à l'égard de la responsabilité professionnelle de l'avocat du requérant, telle qu'elle est définie dans *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, à la page 208:

Un avocat est tenu de faire preuve de diligence, de compétence et de connaissances raisonnables dans la prestation de ses services professionnels . . .

[Il doit] posséder une connaissance suffisante des points ou des principes de droit fondamentaux applicables au travail précis qu'il a entrepris, de sorte qu'il puisse percevoir la nécessité de vérifier les règles de droit qui s'appliquent à chaque point pertinent.

Bien que les affaires susmentionnées portent sur des fautes professionnelles distinctes, il appert que l'incompétence manifestée par un avocat à l'audition d'une demande du statut de réfugié justifie le contrôle judiciaire de la décision du tribunal, en raison de la violation d'un principe de justice naturelle. Les critères applicables à l'examen d'une telle décision ne sont pas clairement établis, mais il est possible de dégager un certain nombre de principes à partir de la jurisprudence précitée. Lorsque le requérant n'a commis aucune faute, mais le manque de diligence de son avocat a pour effet de le priver totalement de son droit d'être entendu, il y a manquement à un principe de justice naturelle, en sorte qu'un contrôle judiciaire est fondé (*Mathon*).

Dans les autres cas où une audience a lieu, la décision rendue ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire que dans des «circonstances extraordinaires», lorsqu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour établir «l'étendue du problème» et que le contrôle judiciaire a «pour fondement des faits très précis». Ces restrictions sont essentielles, selon moi, afin de tenir compte des préoccupations exprimées par les juges MacGuigan et Rothstein, selon lesquelles l'insatisfaction d'ordre général ressentie à l'égard de la qualité de la représentation assurée par l'avocat dont le demandeur a, de son propre chef, retenu les services, ne saurait justifier le contrôle judiciaire d'une décision défavorable. Toutefois, lorsque l'incompé-

inherently prejudicial to the applicant and will warrant overturning the decision, notwithstanding the lack of bad faith or absence of a failure to do anything on the part of the tribunal.

Even though a hearing occurred, the circumstances of this case warrant overturning the decision of the tribunal on the basis of the incompetence and/or negligence of the applicant's representatives for the following reasons:

1. It is acknowledged that subsection 69(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)] provides that the applicant may be represented at a refugee hearing by either counsel or an agent and that the fact that Mr. Flynn was not a lawyer does not provide a basis for review. However, there is sufficient evidence in the record to support the applicant's allegation that Mr. Flynn (and maybe even Mr. Kee) led the applicant to believe that he was a lawyer and that this misrepresentation was not corrected at the hearing (there is contradictory evidence as to whether the tribunal considered Mr. Flynn to be a lawyer, the decision indicates clearly "Mr. Flynn, Barrister and Solicitor" and the transcript contains references to Mr. Flynn as counsel, but the evidence submitted to the Law Society demonstrates that Mr. Kee wrote to the tribunal indicating that Mr. Flynn was an agent).

2. Mr. Flynn was negligent in that his representation of the applicant consisted solely of entering the PIF into evidence. He did not examine the applicant at the hearing to elicit the applicant's story nor did he provide any details of the applicant's claim to supplement or support the PIF, he did not enter into evidence any supporting documentation nor did he refer to any evidence in the Standard Country File which might support the applicant's claim. While Mr. Flynn was not a solicitor, the standard of care set out above in *Central Trust Co. v. Rafuse* is applicable to a certain extent in that Mr. Flynn's conduct during the hearing could not to be characterized as exercising "reasonable care."

tence ou la négligence du représentant ressort de la preuve de façon suffisamment claire et précise, elle est en soi préjudiciable au demandeur et elle justifie l'annulation de la décision, même si le tribunal n'a pas agi de mauvaise foi ni omis de faire quoi que ce soit.

Bien qu'une audience ait eu lieu, les circonstances de la présente espèce justifient l'annulation de la décision du tribunal à cause de l'incompétence ou de la négligence, ou les deux, des représentants du requérant et ce, pour les motifs suivants:

1. Il est admis que le paragraphe 69(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)] confère au demandeur le droit d'être représenté par un avocat ou par un mandataire à l'audience et que le fait que M. Flynn n'était pas un avocat ne saurait fonder un contrôle judiciaire. Cependant, le dossier renferme suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de la prétention du requérant voulant que M. Flynn (et peut-être même M. Kee) l'ait incité à croire qu'il était avocat et que les faits n'aient pas été rétablis à l'audience (la preuve est contradictoire quant à savoir si le tribunal croyait que M. Flynn était avocat, la décision mentionne clairement «M. Flynn, avocat» et la transcription utilise le titre de «conseil» pour le désigner, alors que la preuve présentée à la Société du barreau établit que M. Kee a informé par écrit le tribunal que M. Flynn était un mandataire).

2. M. Flynn a fait preuve de négligence en se contentant, aux fins de représenter le requérant, de produire en preuve le formulaire de renseignements personnels. À l'audience, il n'a pas interrogé le requérant afin d'éclaircir certains points sur lesquels se fondait la demande ni donné de détails sur celle-ci en vue de compléter ou d'étouffer les données que contenait le formulaire. Il n'a pas non plus produit de documents à l'appui ni invoqué d'éléments de preuve qu'il aurait pu tirer du dossier de référence sur le pays pour étayer la demande de son client. Même si M. Flynn n'était pas avocat, la norme de diligence établie dans *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité, s'applique dans une certaine mesure parce que, en agissant comme il l'a fait à l'audience, M. Flynn n'a pas fait preuve de «diligence raisonnable».

3. Mr. Flynn and Mr. Kee's explanation for not fulfilling the undertaking to provide written submissions on the issues of credibility or change of circumstances is insufficient, particularly in light of the tribunal's express finding that the applicant was credible. While the effect of this failure cannot be characterized as a denial of the right to hearing as in *Mathon*, it did result in considerable prejudice to the applicant in so far as the applicant was unable to fully demonstrate his case before the tribunal. The RHO clearly indicated that credibility and change in circumstances were issues before the tribunal, that there might be insufficient evidence establishing identity and nationality, and that Mr. Flynn might present argument on the issue of the necessary link between the applicant and the persecuting agent in situations of generalized violence. Mr. Flynn failed to respond to any of these concerns on the basis of his determination that the applicant's lack of credibility had been established. Clearly, that determination was not his to make. Even if it was, there is no evidence that the situation was explained to the applicant or that the applicant was consulted prior to the decision not to make written submissions.

4. The "other relief" sought by the applicant, the complaint to the Law Society, was limited in that the Law Society could not bring any proceedings against Mr. Flynn since he was an agent, not a solicitor. I would note as well that the Law Society's investigator made the same error as Mr. Kee in that they both concluded that the tribunal found the applicant to be lacking in credibility when, in fact, the decision expressly states otherwise.

In the particular circumstances of this case and on the basis of essentially uncontradicted evidence, the cumulative effect of all of these reasons is such that the conduct of the applicant's representatives was inherently prejudicial to the applicant. This prejudice amounted to a denial of natural justice, in that the applicant was denied a full and fair hearing, and the decision of the tribunal is reviewable on this basis.

3. L'explication fournie par MM. Flynn et Kee quant à l'omission de présenter par écrit, comme convenu, des observations sur la question de la crédibilité du témoignage et celle de la modification des circonstances n'est pas convaincante, d'autant plus que le tribunal a expressément conclu que le requérant était digne de foi. Ce manquement n'a pas eu pour effet de priver le requérant de son droit d'être entendu comme dans *Mathon*, mais il a causé un préjudice considérable au requérant dans la mesure où celui-ci n'a pu établir pleinement, devant le tribunal, le bien-fondé de sa demande. L'agent d'audience a clairement précisé que la crédibilité du témoignage et la modification des circonstances étaient en litige devant le tribunal, que la preuve pouvait ne pas être suffisante quant à l'identité et à la nationalité du requérant et que M. Flynn pouvait présenter des arguments concernant la question du lien requis entre le requérant et l'auteur de la persécution dans un contexte de violence généralisée. M. Flynn n'a pas formulé d'observations sur ces questions pour le motif que, selon lui, il avait été établi que le témoignage du requérant n'était pas digne de foi. De toute évidence, il ne lui appartenait pas de conclure à cet égard. Même s'il avait eu raison, il ne ressort pas de la preuve qu'il a expliqué la situation au requérant ni qu'il a consulté celui-ci avant de décider de ne pas présenter d'observations par écrit.

4. L'«autre recours» exercé par le requérant, soit la plainte à la Société du barreau, avait une portée limitée étant donné que cette dernière ne pouvait pas prendre de mesures contre M. Flynn, celui-ci étant un mandataire, et non un avocat. Je signale en passant que l'enquêteur de la Société du barreau a commis la même erreur que M. Kee en concluant que le tribunal avait déterminé que le témoignage du requérant n'était pas digne de foi, alors que, dans les faits, la décision disait expressément le contraire.

Vu les circonstances particulières de la présente affaire et compte tenu de la preuve non contredite pour l'essentiel, il découle des motifs énoncés précédemment que la conduite des représentants était, en soi, préjudiciable au requérant. Il en a résulté un manquement aux principes de la justice naturelle, étant donné que le requérant n'a pas eu droit à une audience impartiale et complète, en sorte que la déci-

## OBJECTIVE FEAR OF PERSECUTION

The basis for the tribunal's finding that the applicant did not have an objective basis for his fear of persecution was that his political activities were directed solely at the Siad Barre regime, there was no evidence of past persecution on the basis of clan membership in the form of a denial of education, and that any possible fear was vitiated by changes in circumstances. It is my opinion that the tribunal erred in law in its decision in that it failed to consider or erred in its consideration of important elements of the Convention refugee definition, in particular with respect to the issue of past persecution and the inability of the applicant to avail himself of the protection of the state.

In *Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 250 (C.A.) at page 258, Décaré J.A. set out a number of important principles relevant to a Convention refugee determination:

(1) the applicant does not have to show that he had himself been persecuted in the past or would himself be persecuted in the future;

(2) the applicant can show that the fear he had resulted not from reprehensible acts committed or likely to be committed directly against him but from reprehensible acts committed or likely to be committed against the members of a group to which he belonged;

(3) a situation of civil war in a given country is not an obstacle to a claim provided the fear felt is not that felt indiscriminately by all citizens as a consequence of the civil war, but that felt by the applicant himself, by a group with which he is associated, or if necessary by all citizens on account of a risk of persecution based on one of the reasons stated in the definition; and

(4) the fear itself is that of a reasonable possibility that the applicant will be persecuted if he returns to his country of origin.

Regarding the second ground upon which the applicant based his Convention refugee claim, membership in the Musetur clan, the tribunal's finding that there was no evidence of past persecution of the applicant in the form of a denial of education or pre-

sion du tribunal peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

## CRAINTE OBJECTIVE D'ÊTRE PERSÉCUTÉ

<sup>a</sup> La conclusion du tribunal selon laquelle la crainte d'être persécuté que ressentait le requérant n'était pas objective s'appuyait sur le fait que les activités politiques du requérant visaient seulement le régime de Siad Barre, qu'il n'y avait aucune preuve de persécution antérieure (le nonaccès au système d'éducation) fondée sur l'appartenance à un clan donné et que, s'il y avait eu crainte, elle n'était plus justifiée par suite de la modification des circonstances. Je suis d'avis <sup>b</sup> que, dans sa décision, le tribunal a commis une erreur de droit, en ne tenant pas compte d'éléments importants de la définition de «réfugié au sens de la Convention» ou qu'il a commis une erreur en le faisant, <sup>c</sup> tout particulièrement en ce qui a trait à la persécution antérieure et à l'incapacité du requérant de se réclamer de la protection de son pays. <sup>d</sup>

Dans *Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 250 (C.A.), à la page 258, le juge Décaré, J.C.A. énonce un certain nombre de principes importants qui s'appliquent aux fins de l'octroi du statut de réfugié:

1) que le requérant n'a pas à prouver qu'il avait été persécuté lui-même dans le passé ou qu'il serait lui-même persécuté à l'avenir,

2) que le requérant peut prouver que la crainte qu'il entretenait résultait non pas d'actes répréhensibles commis ou susceptibles d'être commis directement à son égard, mais d'actes répréhensibles commis ou susceptibles d'être commis à l'égard des membres d'un groupe auquel il appartenait,

3) qu'une situation de guerre civile dans un pays donné ne fait pas obstacle à la revendication pourvu que la crainte entretenue soit non pas celle entretenue indistinctement par tous les citoyens en raison de la guerre civile, mais celle entretenue par le requérant lui-même, par un groupe auquel il est associé ou, à la rigueur, par tous les citoyens en raison d'un risque de persécution fondé sur l'un des motifs énoncés dans la définition, et

4) que la crainte entretenue est celle d'une possibilité raisonnable que le requérant soit persécuté s'il retournait dans son pays d'origine.

Pour ce qui concerne le deuxième motif invoqué à l'appui de la revendication, soit l'appartenance au clan Musetur, la conclusion du tribunal selon laquelle il n'était pas établi que le requérant avait été victime de persécution dans le passé du fait de ne pas avoir

sent persecution by the “main power brokers in Somalia today” constitutes an error in law. As the first principle set out above states, the applicant need not prove past persecution to found his claim in the future. In my opinion, by requiring proof of past persecution of the applicant in order to find an objective basis for his fear in the future, the tribunal asked the wrong question. Of further concern is the tribunal’s failure to deal with the evidence of persecution of the Musetur clan by other clans, including the Darod and Hiwaye, in terms of the second principle set out above. The evidence demonstrates that the applicant might have reason to fear persecution by clans other than the Darod, both because of the perceived association with the Darod and because of the perception that the Musetur were considered “untouchable.” This fear is based on “reprehensible acts” allegedly committed in the past against the Musetur by the Siad Barre regime and other clans. A determination that there is no proof that “the main power brokers in Somalia today” are persecuting the Musetur without identifying these individuals or groups is not sufficient.

#### CONCLUSION

On the basis of the above, the application is allowed, the CRDD decision is set aside and the matter is referred back to the CRDD for redetermination by a differently constituted panel.

accès au système d’éducation, ou qu’il ferait présentement l’objet de persécution par les «principaux détenteurs du pouvoir en Somalie à l’heure actuelle», équivaut à une erreur de droit. Comme le précise le premier principe énoncé précédemment, le requérant n’a pas à prouver qu’il a été persécuté dans le passé pour établir le bien-fondé de ses prétentions quant à l’avenir. J’estime que, en exigeant du requérant qu’il prouve qu’il avait été victime de persécution dans le passé aux fins d’établir que sa crainte avait un fondement objectif pour ce qui est de l’avenir, le tribunal a procédé incorrectement. Je constate également que le tribunal a omis de tenir compte de la preuve relative à la persécution des Musetur par les autres clans, dont les clans Darod et Hiwaye, malgré le principe énoncé en deuxième lieu. La preuve révèle que le requérant pouvait avoir des motifs de craindre d’être persécuté par d’autres clans que le clan Darod, en raison de liens apparents avec le clan Darod et de la perception selon laquelle les membres du clan Musetur étaient des «intouchables». Cette crainte se fonde sur des «actes répréhensibles» qui auraient été commis, dans le passé, contre le clan Musetur par le régime de Siyad Barre et par d’autres clans. Statuer qu’il n’y a pas de preuve que les «principaux détenteurs du pouvoir en Somalie à l’heure actuelle» persécutent les membres du clan Musetur, sans préciser qui sont ces personnes ou ces groupes, n’est pas suffisant.

#### CONCLUSION

Pour les motifs qui précèdent, la requête est accueillie, la décision de la SSR est annulée et l’affaire est renvoyée à la SSR en vue d’un réexamen par un tribunal différemment constitué.