

IMM-2669-06  
2007 FC 361

IMM-2669-06  
2007 CF 361

**Lai Cheong Sing and Tsang Ming Na** (*Applicants*)

**Lai Cheong Sing et Tsang Ming Na** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: LAI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)**

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

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, March 23; April 5, 2007.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 23 mars; 5 avril 2007.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of pre-removal risk assessment (PRRA) officer's decision rejecting applicants' PRRA application — Officer concluded applicants unlikely to face risk to life, of torture or of cruel and unusual treatment or punishment if returned to China — Chinese government accusing applicants of masterminding massive smuggling, bribery operation, wanting couple to face prosecution in China for alleged crimes — In rejecting refugee claims, Immigration and Refugee Board considering diplomatic note in which Chinese government assuring Canada applicants would not be sentenced to death, tortured for crimes committed before repatriation — Federal Court dismissing judicial review application — Judicial review of refusal of applicants' request to have PRRA completed by other than Minister's delegate dismissed as premature — (1) Even though already stating position on reliability of diplomatic note, Minister not implicitly assessing risk — Minister's dual mandates of intervention, protection during transition period following enactment of IRPA not giving rise to reasonable apprehension of bias so long as each unit acting within mandate — Assurances from Chinese government regarding treatment applicants would receive in China not impacting PRRA officer's decision made five years later — (2) PRRA officer not violating regulatory requirement not to make adverse credibility findings central to decision without hearing — IRPA, s. 113(b) stating hearing to be held in exceptional circumstances; Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 167 listing factors to be considered in decision to hold hearing — Given circumstances, interview not required — (3) PRRA officer not erring in concluding diplomatic note encompassing conditional, suspended death penalty — Officer considering all evidence, including Chinese criminal legislation — Since note indicating Chinese authorities wanted to reassure Canadian government applicants would not be put to death, not patently unreasonable for PRRA officer to conclude*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a rejeté la demande d'ERAR des demandeurs — L'agente a conclu qu'il était peu probable que les demandeurs soient exposés à une menace à leur vie, à un risque de torture ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s'ils retournaient en Chine — Le gouvernement chinois a accusé les demandeurs d'avoir orchestré une opération de grande envergure de corruption et de contrebande et il souhaite que les demandeurs rentrent en Chine pour répondre en justice des crimes qui leur sont reprochés — Lorsqu'elle a rejeté les revendications du statut de réfugié, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a pris en considération une note diplomatique dans laquelle la Chine s'est engagée envers le Canada à ne pas condamner les demandeurs à la peine de mort et à ne pas les assujettir à la torture pour les crimes commis avant leur rapatriement — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire — La demande de contrôle judiciaire de la décision rejetant la demande des demandeurs pour que l'ERAR soit effectué par quelqu'un d'autre qu'un délégué du ministre a été rejetée au motif qu'elle était prématurée — 1) Même s'il s'était déjà prononcé sur la fiabilité de la note diplomatique, le ministre ne s'était pas livré implicitement à une évaluation des risques — Le double mandat d'intervention et de protection dont était investi le ministre pendant la période de transition qui a suivi l'adoption de la LIPR n'a pas donné lieu à une crainte raisonnable de partialité dans la mesure où chacune des unités administratives a respecté le cadre du mandat — Les assurances données par le gouvernement chinois quant au traitement réservé aux demandeurs en Chine n'influençait pas la décision que l'agente d'ERAR a prise cinq ans plus tard — 2) L'agente d'ERAR n'a pas violé l'obligation réglementaire qui lui interdisait de tirer des conclusions défavorables au sujet de la crédibilité sans avoir tenu une audience — L'art. 113b) de la LIPR précise qu'une audience doit être tenue*

*wording of assurances not “sinister” or “suspect” — (4) Conclusion assurances reliable given applicants’ notoriety patently unreasonable with respect to assurances against torture — PRRA officer failing to consider growing consensus diplomatic assurances should not be sought when practice of torture systematic as in China — Also failed to determine whether assurances met some essential requirements to be effective, meaningful — (5) PRRA officer did make findings about fair trial issue even though not distinct — Reviewing extensive evidence, concluding no evidence applicants’ trial in China would be highly politicized, lacking in fairness — Application allowed.*

*dans des circonstances exceptionnelles; l’art. 167 du Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) énumère les facteurs dont il y a lieu de tenir compte pour prendre une décision à cet égard — Une entrevue n’était pas nécessaire compte tenu des circonstances — 3) L’agente d’ERAR n’a pas commis d’erreur en concluant que la note diplomatique englobait la peine de mort conditionnelle ou la condamnation à mort avec sursis — L’agente a pris en considération tous les éléments de preuve, dont les lois pénales de la Chine — Comme la note précisait que les autorités chinoises voulaient rassurer le gouvernement canadien que les demandeurs ne seraient pas mis à mort, il n’était pas manifestement déraisonnable de la part de l’agente d’ERAR de conclure qu’il n’y avait rien de « sinistre » ou de « suspect » dans la façon dont étaient formulées les assurances — 4) La conclusion selon laquelle les assurances étaient fiables en raison de la notoriété dont jouissaient les demandeurs était manifestement déraisonnable dans le cas des assurances données au sujet de la torture — L’agente d’ERAR n’a pas tenu compte du fait que l’on s’accorde de plus en plus pour dire que l’on ne devrait pas demander des assurances diplomatiques lorsque le recours à la torture est systématique comme c’est le cas en Chine — En outre, elle n’a pas déterminé si les assurances satisfaisaient aux conditions essentielles à remplir pour avoir un sens et pouvoir être considérées comme fiables — 5) L’agente d’ERAR a bel et bien tiré certaines conclusions au sujet de l’équité du procès, bien qu’elles n’aient pas été présentées de façon distincte — Après avoir examiné une preuve abondante, l’agente a conclu que rien n’indiquait que le procès des demandeurs en Chine serait hautement politisé et inéquitable — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a pre-removal risk assessment (PRRA) officer’s decision rejecting the applicants’ PRRA application based on her conclusion that the applicants were unlikely to face a risk to life, of torture or of cruel and unusual treatment or punishment if returned to the People’s Republic of China in accordance with section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The Chinese government accused the applicants of masterminding a massive smuggling and bribery operation and wants the couple returned home to face prosecution for their alleged crimes. Although the applicants were never charged with any crimes in China, they came to Canada and in June 2000 claimed refugee status. The applicants argued before the Immigration and Refugee Board (Board) that they would not get a fair trial because of China’s highly politicized judicial system. The Board found that the applicants were excluded from claiming refugee status under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Convention) because they were considered to have committed a serious non-political crime outside their country of refuge. The Board considered a diplomatic note in which China gave

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’agente d’examen des risques avant renvoi (ERAR) a rejeté la demande d’ERAR des demandeurs parce qu’elle a conclu qu’il était peu probable que les demandeurs soient exposés à une menace à leur vie, à un risque de torture ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s’ils retournaient en République populaire de Chine conformément à l’article 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPIR). Le gouvernement chinois a accusé les demandeurs d’avoir orchestré une opération de grande envergure de corruption et de contrebande et il souhaite que les demandeurs rentrent en Chine pour répondre en justice des crimes qui leur sont reprochés. Bien que les demandeurs n’aient jamais été accusés d’aucun crime en Chine, ils sont venus au Canada et ont revendiqué le statut de réfugié en juin 2000. Devant la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission), les demandeurs ont affirmé qu’ils ne pourraient pas obtenir un procès équitable en raison du système judiciaire chinois hautement politisé. La Commission a conclu que les demandeurs ne pouvaient demander la qualité de réfugiés en application de la

assurances to Canada that it would not sentence the applicants to death or torture them for crimes they had committed before their repatriation. The Board concluded that this note was reliable and gave credence to it. The Federal Court dismissed the application for judicial review.

The applicants applied for a PRRA but submitted that it should be determined by someone other than a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration who had argued in favour of the note's reliability. The Federal Court dismissed their application for judicial review of the decision that they had to submit their PRRA application to the Minister as premature. After the applicants' PRRA was rejected, the Federal Court granted them a stay of removal.

The issues were: (1) whether the Minister's PRRA decision raised a reasonable apprehension of bias; (2) whether the PRRA officer violated the regulatory requirement not to make adverse credibility findings central to the decision without a hearing; (3) whether the PRRA officer erred in concluding that the diplomatic assurance from China regarding the death penalty encompasses a conditional death sentence; (4) whether the Supreme Court decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (*Suresh*) applies where there is some evidence of generalized resort to torture in the foreign state or only where there is evidence reasonably indicating resort to torture in similar cases and whether the PRRA officer erred in concluding that the diplomatic assurances from China on torture are reliable in the absence of any mechanism providing for verification of compliance; and (5) whether the PRRA officer erred by making no finding about whether the applicants would receive a fair trial in China.

*Held*, the application should be allowed.

(1) Even though the Minister had already determined that the diplomatic note from the Chinese authorities was satisfactory and reliable when she testified at the applicants' refugee hearing, the Minister was not implicitly assessing risk. During the transition period following the IRPA's enactment, the Minister had the power to intervene at Board hearings and

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention) parce qu'ils étaient considérés avoir commis un crime grave de droit commun à l'extérieur de leur pays de refuge. La Commission a pris en considération une note diplomatique dans laquelle la Chine s'est engagée envers le Canada à ne pas condamner les demandeurs à la peine de mort et à ne pas les assujettir à la torture pour des crimes qu'ils avaient commis avant leur rapatriement. La Commission a conclu que cette note était fiable et lui a donné de la crédibilité. La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

Les demandeurs ont présenté une demande d'ERAR, mais ils ont fait valoir que l'ERAR devait être effectué par quelqu'un d'autre qu'un délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, qui s'était déjà prononcé en faveur de la fiabilité de la note diplomatique. L'estimant prématurée, la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision obligeant les demandeurs à soumettre leur demande d'ERAR au ministre. Après le rejet de la demande d'ERAR des demandeurs, la Cour fédérale a sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prise contre eux.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si : 1) la décision d'ERAR du ministre suscitait une crainte raisonnable de partialité; 2) l'agente d'ERAR a violé l'obligation réglementaire qui lui interdisait de tirer des conclusions défavorables au sujet de la crédibilité sans avoir tenu une audience; 3) l'agente d'ERAR a commis une erreur en concluant que les assurances diplomatiques données par la Chine au sujet de la peine de mort visaient aussi les peines de mort conditionnelles; 4) la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (*Suresh*) s'applique lorsqu'il y a certains éléments de preuve qui font état d'un recours généralisé à la torture dans l'État étranger en question ou si elle ne s'applique que lorsqu'il existe des éléments de preuve indiquant raisonnablement un recours à la torture dans des cas semblables; et si l'agente d'ERAR a commis une erreur en concluant que les assurances diplomatiques de la Chine au sujet de la torture sont fiables malgré le défaut de mécanisme permettant d'en vérifier l'observation; et 5) l'agente d'ERAR a commis une erreur en ne tirant pas de conclusion sur la question de savoir si les demandeurs bénéficieraient d'un procès équitable en Chine.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

1) Même s'il avait déjà décidé que la note diplomatique émanant des autorités chinoises était satisfaisante et fiable lorsqu'il a témoigné pendant l'audience concernant le statut de réfugié des demandeurs, le ministre ne se livrait pas implicitement à une évaluation des risques. Au cours de la période de transition qui a suivi l'entrée en vigueur de la

the power to protect by deciding PRRA applications. The assurances and clarifications the Canadian government sought from the Chinese government regarding its expectations if the applicant were to be returned to China could not impact the PRRA officer's decision. The assurances were given five years prior to the PRRA officer's section 97 risk assessment and therefore a fully informed person would not find a reasonable apprehension of bias based on the historical communications that resulted in the diplomatic note. According to the Immigration Manual on pre-removal risk assessment, PRRA officers are expected to analyze the case, weigh all of the evidence and balance the treatment they have given to the evidence considered. Their research should be fresh and show that the individual case has been addressed, which is precisely what the PRRA officer did. The Minister's dual mandates of intervention and protection in 2001 did not give rise to a reasonable apprehension of institutional bias so long as each unit acted within its statutory mandate. PRRA officers are professional decision makers and there was no reason to believe that the PRRA officer here did not look at all the evidence that was available to her, even assuming the diplomatic note was a key aspect of the risk assessment. Therefore, a fair-minded person well apprised of the facts and having thought the matter through would not likely think that the PRRA officer would not decide the applicants' matter fairly.

(2) Paragraph 113(b) of the IRPA clearly states that a hearing is required to be held in exceptional circumstances and section 167 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) lists the factors to be considered. Given the circumstances, an interview was not required. The applicant could not have testified on the basis of her sister's affidavit. And it was the Minister's absolute prerogative not to cross-examine on the other affidavit filed in support. The applicants failed to produce evidence to cure a perceived evidentiary deficiency. Moreover, the applicants' credibility was not the determining issue in the PRRA decision since it was found that the risk of torture to the applicants had not been established on objective evidence, particularly in light of the diplomatic note. Therefore, the officer did not breach section 167 of the Regulations by failing to conduct an oral hearing with the applicants to discuss their two affidavits.

(3) Were it not for the diplomatic assurances, removing the male applicant to China would subject him to a risk to his life.

LIPR, le ministre avait le pouvoir d'intervenir au cours des audiences de la Commission ainsi que le pouvoir de trancher les demandes d'ERAR. Les assurances et les éclaircissements que le gouvernement canadien a réclamés au gouvernement chinois quant à ses attentes si le demandeur devait retourner en Chine ne pouvaient pas influencer la décision de l'agente d'ERAR. Les assurances ont été données cinq ans avant la conclusion concernant les risques que l'agente d'ERAR a tirée en vertu de l'article 97 et, par conséquent, la personne bien renseignée ne conclurait pas à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité sur le fondement des communications historiques ayant abouti à la rédaction de la note diplomatique. Selon le Guide d'ERAR, les agents d'ERAR doivent analyser le dossier, apprécier l'ensemble de la preuve et considérer équitablement les éléments de preuve examinés. La recherche doit être récente et démontrer que l'agent a étudié un dossier précis, ce qui est précisément ce que l'agente d'ERAR a fait. Le double mandat d'intervention et de protection dont était investi le ministre en 2001 n'a pas donné lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle dans la mesure où chacune des unités administratives a respecté le cadre du mandat que la loi lui confère. Les agents d'ERAR sont des décideurs professionnels et il n'y avait aucune raison de croire que l'agente d'ERAR en l'espèce n'a pas pris en considération l'ensemble de la preuve dont elle disposait, même en supposant que la note diplomatique constituait un élément clé de l'évaluation des risques. Par conséquent, une personne sensée qui serait bien au courant des faits et qui étudierait la question en profondeur penserait qu'il est plus probable qu'improbable que l'agente d'ERAR ne trancherait pas la question de façon équitable.

2) L'alinéa 113b) de la LIPR précise bien qu'une audience doit être tenue dans certaines circonstances exceptionnelles et l'article 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) énumère les facteurs dont il y a lieu de tenir compte. Une entrevue n'était pas nécessaire compte tenu des circonstances. La demanderesse n'aurait pas pu témoigner sur la foi de l'affidavit de sa sœur et le ministre avait le droit le plus strict de ne pas procéder à un contre-interrogatoire au sujet de l'autre affidavit produit à l'appui. Les demandeurs n'ont pas produit d'éléments de preuve pour corriger une lacune perçue dans leur preuve. Qui plus est, la crédibilité des demandeurs n'était pas la question déterminante dans la décision d'ERAR puisque l'agente a déterminé que le risque de torture auquel les demandeurs étaient exposés n'avait pas été établi sur le fondement d'éléments de preuve objective, à la lumière notamment de la note diplomatique. Par conséquent, l'agente n'a pas contrevenu à l'article 167 du Règlement en n'accordant pas d'audience aux demandeurs pour discuter des deux affidavits.

3) N'eurent été les assurances diplomatiques, le renvoi du demandeur en Chine l'exposerait à une menace à sa vie. Les

The applicants argued that the PRRA officer erred by failing to address whether the note encompasses a conditional death penalty. They also argued, for the first time, that a suspended death sentence amounts to cruel and unusual treatment or punishment even if the person is never executed. The PRRA officer found that the note ruled out the imposition of the death penalty and that neither applicant would face either the death penalty or a suspended death sentence. The PRRA officer's reasons reveal that she was alert to the wording of the *Criminal Law of the People's Republic of China*. The death penalty assurance explains that the Supreme People's Court has decided not to impose the death penalty on either of the applicants "for all crimes they may have committed before their return back to China." As a first step to implementing the assurance, the Supreme People's Court will inform the lower courts not to impose the death penalty on the applicants for their alleged crimes, but if they do, the second safeguard is that the Supreme People's Court will not approve the death penalty execution in this case. The applicants argued that conditional or suspended death sentences are reviewed by the Higher People's Court and that if they were to refuse to confess to their crimes or implicate people according to the Chinese government's wishes, this would be considered a crime committed after repatriation and thus not be covered by the diplomatic note. Chinese law makes it clear that the Supreme People's Court must approve all death sentences, including conditional death sentences when they are to be executed. Unless a person commits an intentional crime during the suspension period, the death penalty is automatically commuted to life imprisonment. There was evidence before the PRRA officer that a person refusing to confess does not commit a further crime. Also, a fair reading of the note taken in its totality clearly indicates that the Chinese authorities wanted to reassure the Canadian government that the applicants would not be put to death under any circumstances for any crimes committed before their repatriation. Therefore, it was not patently unreasonable for the PRRA officer to conclude there was nothing "sinister" or "suspect" about how the assurance against the death penalty was worded.

As for the argument that imposing a conditional death sentence is cruel and unusual punishment, the PRRA officer could not be faulted for failing to consider arguments that were not put to her. Also, she never considered whether the imposition of a conditional death sentence amounted to a threat to life, torture or cruel and unusual treatment or punishment because she concluded the note did not allow

demandeurs ont soutenu que l'agente d'ERAR a commis une erreur en n'abordant pas la question de savoir si la note diplomatique englobait la peine de mort conditionnelle. Ils ont aussi affirmé, pour la première fois, qu'une condamnation à mort avec sursis équivaut à un traitement ou une peine cruel et inusité même si l'intéressé n'est jamais exécuté. L'agente d'ERAR a constaté que la note excluait la condamnation à mort et qu'aucun des demandeurs ne serait exposé à la peine de mort ou à une condamnation à mort avec sursis. Il ressort des motifs de l'agente d'ERAR qu'elle était consciente du libellé du *Code pénal de la République populaire de Chine*. Les assurances données au sujet de la peine de mort précisent que la Cour populaire suprême a décidé de ne pas condamner l'un ou l'autre des demandeurs à mort [TRADUCTION] « pour tous les crimes qu'il peut avoir commis avant son rapatriement ». Pour donner suite à ces assurances, la Cour populaire suprême informera, dans un premier temps, les tribunaux inférieurs de cette décision de ne pas condamner les demandeurs à mort pour les crimes qui leur sont reprochés. Dans un deuxième temps, la Cour populaire suprême s'engage à ne pas confirmer le verdict de tout tribunal inférieur qui prononcerait une condamnation à mort. Les demandeurs ont fait valoir que c'est la Cour populaire supérieure qui est chargée de réviser les peines de mort conditionnelles ou les condamnations à mort avec sursis et s'ils refusent de passer aux aveux ou d'impliquer des gens pour répondre aux souhaits du gouvernement chinois, ces agissements seraient considérés un crime commis après le rapatriement et ne seraient donc pas visés par la note diplomatique. Il ressort clairement du droit chinois que la Cour populaire suprême doit approuver toutes les peines de mort, y compris les condamnations à mort conditionnelles, qui doivent être exécutées. À moins qu'une personne ne commette un crime intentionnel au cours de la période de son sursis, la peine de mort est automatiquement commuée en peine d'emprisonnement à perpétuité. L'agente d'ERAR disposait d'éléments de preuve suivant lesquels la personne qui refuse de passer aux aveux ne commet pas un crime. En outre, une interprétation juste de la note, prise dans son ensemble, démontre clairement que les autorités chinoises voulaient rassurer le gouvernement canadien que les demandeurs ne seraient dans aucun cas mis à mort pour tout crime commis avant leur rapatriement. Il n'était donc pas manifestement déraisonnable de la part de l'agente d'ERAR de conclure qu'il n'y avait rien de « sinistre » ou de « suspect » dans la façon dont étaient formulées les assurances données au sujet de la peine de mort.

Quant à l'argument valant que condamner les demandeurs à la peine de mort sous condition constitue une peine cruelle et inusitée, on ne saurait reprocher à l'agente d'ERAR de ne pas avoir tenu compte d'arguments qui ne lui ont pas été présentés. De même, l'agente d'ERAR ne s'est jamais penchée sur la question de savoir si l'imposition d'une peine de mort conditionnelle équivaudrait à une menace à la vie, à de la

Chinese authorities to impose a suspended execution sentence. The applicants could not experience any psychological trauma associated with awaiting an execution which may or may not arrive once it was accepted that the assurances foreclosed any likelihood of a death sentence being carried out. Therefore, the PRRA officer's conclusion on this argument and on the assurance against the death penalty did not amount to a patently unreasonable finding.

(4) In *Suresh*, the Supreme Court of Canada never contemplated that an assurance must only be independently assessed on certain conditions and cautioned the Minister to distinguish between assurances against the death penalty and those against torture. There is absolutely no indication that caution is warranted only when torture is allegedly used against similarly situated individuals. Nonetheless, the PRRA officer in this case did conduct a separate assessment of the assurance against torture even though she referred to many overlapping factors in assessing the assurance against the death penalty and that against torture. However, the conclusion that the assurances against both torture and death were reliable given the applicants' notoriety was an error with respect to the assurance against torture.

The PRRA Manual dealing with the procedure for making the assessment on torture states that there must be objective risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment; that the risk must be personalized to the individual and that the assessment may be based on past events but is forward looking. The applicants argued *inter alia* that since others involved in the case had been tortured and coerced into making confessions, they feared the same fate. They also relied on China's human rights record and other examples of torture and mistreatment in China. The officer considered each of the applicants' claims and was not satisfied that the applicants faced a forward-looking risk of torture or mistreatment if returned to China. The applicants' complaint was based on the weight the officer assigned to the evidence.

It appears from the structure of the officer's reasoning that she balanced evidence of the widespread use of torture in China against the assurances, concluding the applicants would not be tortured because of the assurance. The officer's final summary of her findings clearly shows that she attached great

torture ou à un traitement ou une peine cruel et inusité parce qu'elle a conclu que la note ne permettait pas aux autorités chinoises de condamner à la peine de mort avec sursis. Les demandeurs ne pouvaient pas souffrir de traumatisme psychologique associé à l'attente d'une exécution qui pourrait ou non arriver, dès lors que l'on accepte que les assurances données excluent toute probabilité que la peine de mort soit exécutée. Par conséquent, la conclusion tirée par l'agente d'ERAR sur cet argument et au sujet des assurances données en ce qui concerne la peine de mort ne saurait être qualifiée de conclusion manifestement déraisonnable.

4) Dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême du Canada n'a jamais envisagé que des assurances devaient impérativement être évaluées de façon indépendante et soumises à certaines conditions et elle a invité le ministre à opérer une distinction entre les assurances portant sur la peine de mort et celles portant sur la torture. Il n'y avait absolument rien qui justifiait de faire preuve de prudence uniquement dans les cas où les victimes de la torture seraient des personnes se trouvant dans la même situation. Néanmoins, l'agente d'ERAR en l'espèce a effectivement évalué séparément les assurances données au sujet de la torture même si elle a mentionné divers facteurs qui se chevauchent pour évaluer les assurances données au sujet de la peine de mort et celles données au sujet de la torture. Cependant, la conclusion selon laquelle les assurances données tant en ce qui concerne la torture que la peine de mort étaient fiables en raison de la notoriété dont jouissaient les demandeurs était erronée dans le cas des assurances données au sujet de la torture.

Le Guide d'ERAR portant sur la procédure à suivre pour analyser le risque de torture précise qu'il doit y avoir une menace objective à la vie ou un danger objectif de traitements ou peines cruels et inusités, que ce danger doit être inhérent à la personne et que l'examen peut porter sur des faits antérieurs mais axés sur l'avenir. Les demandeurs ont soutenu, entre autres, que comme d'autres individus impliqués dans l'affaire ont été torturés et forcés de passer aux aveux, ils craignaient de subir le même sort. Il ont aussi invoqué les antécédents de la Chine en matière de respect des droits de la personne et d'autres cas de torture et de mauvais traitements dans ce pays. L'agente a examiné à tour de rôle ces prétentions et a estimé que la preuve ne la convainquait pas que les demandeurs seraient exposés à l'avenir à un risque de torture ou de mauvais traitements s'ils retournaient en Chine. La plainte des demandeurs reposait sur la valeur que l'agente a accordé aux éléments de preuve.

Il ressort de la structure du raisonnement de l'agente que celle-ci a mis en balance les éléments de preuve relatifs au recours généralisé à la torture en Chine avec les assurances qui avaient été données, concluant que les demandeurs ne seraient pas torturés sur la foi de ces assurances. Le résumé final des

weight to the assurances and their reliability against torture. She was well aware of the flaws and pitfalls inherent in diplomatic assurances and of the criticisms and warnings leveled by a number of human rights organizations with respect thereto. Although the officer also noted the essential argument against diplomatic assurances that they are in and of themselves an acknowledgment that a risk of torture exists in the receiving country, she found nevertheless that all these considerations were offset by the international publicity surrounding the applicants' case. At the end of the day, she was swayed by her assumption that the applicants' would be protected by their own notoriety and this was a recurrent theme in her reasons. This is precisely where she erred.

Despite the fact that, absent clear legal rules, the decision to seek and obtain diplomatic assurances in any given case and to rely on them to assess section 97 IRPA risks is a policy decision that is not reviewable by the courts, the officer did not address two major flaws the applicants raised on the basis of the same reports she cited in her decision. The first was the growing consensus that diplomatic assurances should not be sought when the practice of torture is sufficiently systematic or widespread. The officer acknowledged numerous reports stating that the use of torture in China is still widespread but failed to assess whether it was appropriate to rely on diplomatic assurances at all from the Government of China, an analysis that was simply not engaged. This was in itself patently unreasonable. Secondly, an assurance should at the very least fulfill some essential requirements to ensure that it is effective and meaningful. Unlike the death penalty, torture is practised behind closed doors and is denied by the states where it occurs. Even monitoring mechanisms have proven problematic since, for example, people who have suffered torture or other ill-treatment are often too fearful of retaliation to speak out. The officer therefore erred by failing to determine whether the assurances met the essential requirements to make them meaningful and reliable and by simply relying on the fact that the applicants' notoriety would protect them. This conclusion was patently unreasonable. For torture to become known, some compliance and verification mechanisms would have to be in place (i.e. effective monitoring systems by independent organizations). Therefore, notoriety would be of no avail to the applicants if torture is practised without anybody every knowing it.

conclusions de l'agente démontre clairement que cette dernière a accordé beaucoup de poids aux assurances et à leur fiabilité en ce qui concerne la torture. Elle était bien consciente des lacunes et des embûches inhérentes aux assurances diplomatiques ainsi que des critiques et des mises en garde formulées par plusieurs organisations de défense des droits de la personne relativement à l'utilisation de ces notes. Bien que l'agente ait aussi mentionné l'argument essentiel invoqué contre les assurances diplomatiques selon lequel elles constituent en elles-mêmes une reconnaissance de l'existence d'un risque de torture dans le pays d'accueil, elle a néanmoins estimé que ces considérations étaient contrebalancées par la publicité internationale entourant l'affaire des demandeurs. Au bout du compte, l'agente d'ERAR était influencée par son hypothèse que les demandeurs seraient protégés par leur propre notoriété et il s'agissait d'ailleurs d'un thème qui revenait constamment dans ses motifs. C'est précisément sur ce point qu'elle s'est méprise.

Bien que, à défaut de règles de droit claires, la décision consistant à demander et à obtenir des assurances diplomatiques dans un cas déterminé et de s'y fier pour évaluer les risques prévus à l'article 97 de la LIPR soit une décision de principe qui échappe au pouvoir de contrôle des tribunaux, l'agente a omis d'aborder deux graves lacunes que les demandeurs ont signalées en se fondant sur les mêmes rapports que ceux cités par l'agente dans sa décision. La première a trait au fait que l'on s'accorde de plus en plus pour dire que l'on ne devrait pas demander des assurances diplomatiques lorsque le recours à la torture est suffisamment systématique ou généralisé. L'agente a reconnu que de nombreux rapports confirmaient que le recours à la torture est encore répandu en Chine, mais elle ne s'est toutefois pas demandée s'il y avait lieu d'ajouter foi aux assurances diplomatiques données par le gouvernement chinois; elle ne s'est tout simplement pas livrée à cette analyse. Cela était, en soi, manifestement déraisonnable. Deuxièmement, une assurance devrait à tout le moins répondre à certaines exigences pour être efficace et avoir un sens. Contrairement à la peine de mort, la torture est pratiquée en secret et les États où elle a lieu nient son existence. Même les mécanismes de surveillance se sont avérés problématiques car, par exemple, les victimes de torture ou de mauvais traitements hésitent souvent à dénoncer les exactions par crainte de représailles. L'agente a donc commis une erreur en ne déterminant pas si les assurances satisfaisaient aux conditions essentielles à remplir pour avoir un sens et pouvoir être considérées comme fiables et en se contentant d'écrire que la notoriété des demandeurs les protégerait. Cette conclusion était manifestement déraisonnable. Pour que l'on sache si des tortures ont été exercées, il faut qu'il existe des mécanismes de contrôle et de vérification (p. ex. des systèmes de surveillance efficaces appliqués par des organisations indépendantes). En

(5) The officer did make some findings about the fair trial issue even though they were not necessarily isolated in their own particular section. The officer reviewed some specific trials of others involved in the applicants' companies and commented that none were prevented from obtaining defence counsel who in turn were not constrained in representing their clients. She also looked at the manner in which evidence was obtained in those prosecutions and noted that there was no evidence that the government of China plans to use tainted evidence against the applicants when they are brought to trial in China. Based on the extensive evidence reviewed, she was entitled to come to these findings. It was also quite clear from her reasons that she rejected the notion that the applicants would not get a fair trial. While she accepted that the Chinese legal system is indeed defective in many ways and falls short of international standards, she refused to draw the inference that the applicants would therefore be subjected to a risk of cruel and unusual treatment. She looked at the applicants' situation specifically and found that, as others charged in the smuggling case had received, mainly due process and fair trials, the applicants would face a trial of similar nature and they would not be put at risk. Finally, the applicants' submission that their criminal trial would be highly politicized and lacking in fairness was also addressed by the officer who, after duly considering it in her reasons, rejected it unequivocally. Therefore, the officer's finding on the nature of the trial the applicants would face was not patently unreasonable.

#### 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], ss. 7, 24.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.
- Criminal Law of the People's Republic of China*, Art. 50, 151, 153, 306, 310, 389.
- Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*, Art. 199, 201, 210.

conséquence, si la torture est pratiquée à l'insu de tous, les demandeurs ne pourront en invoquer la notoriété.

5) L'agente a bel et bien tiré certaines conclusions au sujet de l'équité du procès, bien qu'elle ne les ait pas nécessairement regroupées sous la même rubrique. L'agente a examiné le procès de certaines des personnes impliquées dans l'affaire des sociétés des demandeurs et a conclu que rien n'a empêché ces personnes de retenir les services d'un avocat de la défense et que rien n'a empêché les avocats de la défense de représenter leurs clients. L'agente a également examiné la manière dont les éléments de preuve avaient été obtenus dans ces procès et a constaté qu'aucun élément de preuve ne démontrait que le gouvernement chinois avait l'intention d'utiliser des éléments de preuve obtenus illégalement contre les demandeurs lorsqu'ils seront traduits en justice en Chine. Sur le fondement de la preuve abondante qu'elle a examinée, l'agente avait le droit de tirer ces conclusions. Il ressort clairement de ses motifs qu'elle a écarté l'idée que les demandeurs ne pourraient bénéficier d'un procès équitable. Tout en admettant que le système judiciaire chinois comporte de nombreuses lacunes et qu'il ne répond pas aux normes internationales, elle a refusé d'en inférer que les demandeurs seraient donc exposés au risque de traitements cruels et inusités. Elle a examiné la situation particulière des demandeurs et a conclu que, comme les autres personnes accusées dans le cadre de l'affaire du réseau de contrebande avait bénéficié, dans l'ensemble, de l'application régulière de la loi et de procès équitables, les demandeurs auraient un procès de la même nature et ils ne seraient exposés à aucun risque. Enfin, l'agente a dûment examiné et a rejeté de façon non équivoque l'argument des demandeurs selon lequel leur procès criminel serait très politisé et inéquitable. Par conséquent, la conclusion tirée par l'agente au sujet de la nature du procès que subiraient les demandeurs n'était pas manifestement déraisonnable.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- 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, 24.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).
- Criminal Law of the People's Republic of China*, Art. 50, 151, 153, 306, 310, 389.
- Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*, Art. 199, 201, 210.



*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 6(2), 96, 97, 112, 113(b), 114(2),(3).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 167.

*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11.

*International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47.

*Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 18, 2002, UN GA A/RES/57/199.

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 30 Admin. L.R. (4th) 131; 272 F.T.R. 62; 44 Imm. L.R. (3d) 201; 2005 FC 437; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Say v. Canada (Solicitor General)*, [2006] 1 F.C.R. 532; (2005), 274 F.T.R. 172; 46 Imm. L.R. (3d) 255; 2005 FC 739; affd (2005), 50 Imm. L.R. (3d) 159; 345 N.R. 340; 2005 FCA 422; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, [2002] 1 F.C. 200; (2001), 206 D.L.R. (4th) 727; 19 Imm. L.R. (3d) 199; 278 N.R. 127; 2001 FCA 311.

## CONSIDERED:

*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 179; *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 606; 332 N.R. 344; 2005 FCA 125; leave to appeal to S.C.C. refused [2005] S.C.C.A. No. 298 (QL); *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 141 C.R.R. (2d) 37; 54 Imm. L.R. (3d) 255; 2006 FC 473; *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 672; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; (1989), 57 D.L.R. (4th) 458; [1989] 3 W.W.R. 456; 93 N.R. 1; *R. v.*

*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. 52.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4)(d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 6(2), 96, 97, 112, 113(b), 114(2),(3).

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47.

*Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 18 décembre 2002, AG NU A/RES/57/199.

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 167.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 437; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Say c. Canada (Solliciteur général)*, [2006] 1 R.C.F. 532; 2005 CF 739; conf. par 2005 CAF 422; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, [2002] 1 C.F. 200; 2001 CAF 311.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 179; *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 125; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] S.C.C.A. n° 298 (QL); *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 473; *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 672; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

*Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321.

## REFERRED TO:

*Wai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 364; *Figurado v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 4 F.C.R. 387; (2005), 28 Admin. L.R. (4th) 82; 262 F.T.R. 219; 46 Imm. L.R. (3d) 56; 2005 FC 347; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392; (2005), 263 D.L.R. (4th) 113; 44 Admin. L.R. (4th) 4; 344 N.R. 257; 2005 FCA 404; *Chir v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 765; *Arthur v. Canada (Attorney General)* (2001), 283 N.R. 346; 2001 FCA 223; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283; (2001), 195 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 148 B.C.A.C. 1; 85 B.C.L.R. (3d) 1; 151 C.C.C. (3d) 97; 39 C.R. (5th) 205; 81 C.R.R. (2d) 1; 265 N.R. 212; 2001 SCC 7; *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238; (1976), 66 D.L.R. (3d) 660; [1976] 3 W.W.R. 536; 28 C.C.C. (2d) 279; 8 N.R. 47; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575; (2001), 206 D.L.R. (4th) 444; 159 C.C.C. (3d) 321; 57 C.R. (5th) 316; 88 C.R.R. (2d) 189; 279 N.R. 345; 154 O.A.C. 345; 2001 SCC 81; *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; *Bath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1207 (T.D.) (QL); *Singh v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 159; *Magtibay v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 271 F.T.R. 153; 2005 FC 397; *Aung v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 82; *Buttar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1281; *Nur v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 636; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Choubak* (2006), 291 F.T.R. 129; 54 Imm. L.R. (3d) 308; 2006 FC 521; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72; (2002), 208 D.L.R. (4th) 57; 90 C.R.R. (2d) 47; 18 Imm. L.R. (3d) 175; 280 N.R. 201; 2002 SCC 2; *Varga v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 3; (2006), 277 D.L.R. (4th) 762; 57 Imm. L.R. (3d) 159; 357 N.R. 333; 2006 FCA 394; *Thailand v. Saxena* (2006), 265 D.L.R. (4th) 55; 224 B.C.A.C. 43; 207 C.C.C. (3d) 106; 2006 BCCA 98; *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 59 Imm. L.R. (3d) 257; 2006 FC 1503; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Wai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 364; *Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 4 R.C.F. 387; 2005 CF 347; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392; 2005 CAF 404; *Chir c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 765; *Arthur c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 223; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; 2001 CSC 7; *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575; 2001 CSC 81; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Bath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1207 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Singh c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 159; *Magtibay c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 397; *Aung c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 82; *Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1281; *Nur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 636; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Choubak*, 2006 CF 521; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72; 2002 CSC 2; *Varga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 3; 2006 CAF 394; *Thailand v. Saxena* (2006), 265 D.L.R. (4th) 55; 224 B.C.A.C. 43; 207 C.C.C. (3d) 106; 2006 BCCA 98; *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1503; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20.

## AUTHORS CITED

- Amnesty International, Human Rights Watch, International Commission of Jurists. “Reject rather than Regulate: Call on Council of Europe Member States not to Establish Minimum Standards for the Use of Diplomatic Assurances in Transfers to Risk of Torture and Other Ill-treatment”, 2 December 2005. AI Index: IOR/61/025/2005.
- Citizenship and Immigration Canada. *Immigration Manual: Protected Persons (PP)*. Chapter PP 3: Pre-removal Risk Assessment (PRRA). Ottawa: Citizenship and Immigration, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/pp/pp03e.pdf>>
- “Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture” (2005), 17 *Human Rights Watch* No. 4(D)
- United Nations General Assembly. *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc. A/59/324 (September 1, 2004).
- United Nations General Assembly. *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc. A/60/316 (August 30, 2005).
- United Nations High Commissioner for Human Rights. *Human Rights Day — Statement by UN High Commissioner for Human Rights Louise Arbour on Terrorists and Torturers*, New York, 7 December, 2005.
- U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices — 2005, China*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, March 8, 2006.

APPLICATION for judicial review of a decision of a pre-removal risk assessment officer’s decision rejecting the applicants pre-removal risk assessment application on the ground that the applicants were unlikely to face a risk to life, of torture or of cruel and unusual treatment or punishment if returned to the People’s Republic of China. Application allowed.

## APPEARANCES:

*David Matas* for applicants.  
*Esta Resnick* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*David Matas*, Winnipeg, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## DOCTRINE CITÉE

- Amnesty International, Human Rights Watch, International Commission of Jurists. « Reject rather than Regulate : Call on Council of Europe Member States not to Establish Minimum Standards for the Use of Diplomatic Assurances in Transfers to Risk of Torture and Other Ill-treatment », 2 décembre 2005. AI Index : IOR/61/025/2005.
- Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l’immigration : Personnes protégées (PP)*. Chapitre PP 3 : Examen des risques avant renvoi (ERAR). Ottawa : Citoyenneté et Immigration, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/pp/pp03f.pdf>>.
- États-Unis. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices — 2005, China*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, 8 mars 2006.
- « Toujours en danger : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture » (2005), 17 *Human Rights Watch* n° 4(D).
- Nations Unies. Assemblée générale. *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. de l’ONU A/59/324 (1<sup>er</sup> septembre 2004).
- Nations Unies. Assemblée générale. *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. de l’ONU A/60/316 (30 août 2005).
- Nations Unies. Haut-Commissaire aux droits de l’homme. *Déclaration de M<sup>me</sup> Louise Arbour Haut-Commissaire aux droits de l’homme à l’occasion de la journée internationale des droits de l’homme—Des terroristes et des tortionnaires*.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’agente d’examen des risques avant renvoi a rejeté la demande d’examen des risques avant renvoi des demandeurs au motif qu’il était peu probable que les demandeurs soient exposés à une menace à leur vie, à un risque de torture ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s’ils retournaient en République populaire de Chine. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*David Matas* pour les demandeurs.  
*Esta Resnick* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*David Matas*, Winnipeg, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

[1] DE MONTIGNY J.: The applicants Lai Cheong Sing and Tsang Ming Na have applied for judicial review of a PRRA [pre-removal risk assessment] officer's decision rejecting their PRRA application. The Chinese government has accused the Lais of masterminding a massive smuggling and bribery operation. It wants the couple returned home to face prosecution for their alleged crimes. The Lais, for their part, have consistently maintained that China has fabricated all the allegations against them.

[2] Mr. Lai, his ex-wife Ms. Tsang (they are now divorced), and their three children claimed refugee status in June 2000. After a 45-day hearing, the Immigration and Refugee Board's Refugee Division (the Board) found the parents were excluded from Convention refugee status under Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention). In any case, the Board also found the parents were not Convention refugees, because there was no nexus between their claims and any Convention refugee grounds. The Board described the couple as criminals fleeing from justice, not persecution. The children's claims were based on their parents' and failed accordingly.

[3] In their PRRA application, the Lais made submissions alleging bias, Charter [*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]] violations, and breaches of procedural fairness. Their submissions on risk included a number of challenges to the Chinese legal system. They maintained the same theory they raised at their Board hearing. They argued they could not get a fair trial in China and that they faced torture and the death penalty despite a diplomatic note from China assuring the contrary. After a probing review of

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : La Cour est saisie d'une demande présentée par les demandeurs Lai Cheong Sing et Tsang Ming Na en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'ERAR a rejeté leur demande d'ERAR (examen des risques avant renvoi). Le gouvernement chinois a accusé les Lai d'avoir orchestré une opération de grande envergure de corruption et de contrebande. Il souhaite que les demandeurs rentrent en Chine pour répondre en justice des crimes qui leur sont reprochés. Les Lai, pour leur part, ont constamment maintenu que la Chine a inventé de toutes pièces les accusations portées contre eux.

[2] M. Lai, son ex-épouse M<sup>me</sup> Tsang (ils ont depuis divorcé) et leurs trois enfants ont revendiqué le statut de réfugié en juin 2000. Au terme d'une audience de 45 jours, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a refusé de reconnaître aux parents la qualité de réfugié par application de l'alinéa 1Fb) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention). En tout état de cause, la Commission a également conclu que les parents n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention parce qu'il n'y avait pas de lien entre leur revendication et l'un ou l'autre des motifs prévus par la Convention sur les réfugiés. La Commission a qualifié les demandeurs de criminels qui se dérobent à la justice, et non comme des personnes qui cherchent à fuir la persécution. La revendication des enfants était fondée sur celle de leurs parents et elle a, par conséquent, été rejetée.

[3] Dans leur demande d'ERAR, les Lai accusent de partialité, de violations de la Charte [*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]] et de manquements à l'équité procédurale. Dans leurs observations sur la question du risque, ils affirment que le système judiciaire chinois comporte plusieurs lacunes. Ils ont repris la thèse qu'ils avaient défendue lors de l'audience de la Commission. Ils soutiennent qu'ils ne pourraient obtenir un procès équitable en Chine et qu'ils seraient exposés à la torture

their submissions, the PRRA officer rejected all of their claims.

[4] The Lais are now challenging the PRRA officer's decision on many different grounds. This is quite a complex case, raising intricate issues of fact and law which I shall address shortly. I wish to make it clear from the outset that in coming to my decision, I have been governed exclusively by the applicable law and jurisprudence. While I am aware of the extensive media coverage this case has generated, it has been of no concern to me and it had no impact whatsoever on my reasoning.

[5] The children have also applied for a review of their PRRA decision, in the separate but related file IMM-2845-06 [*Wai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 364]. My reasons and order in that file are also released today, in separate cover.

[6] Before turning to the facts, I need make one last point. Some of the oral and written evidence before the Board was confidential and protected, and therefore not accessible to the public. However, all the oral submissions were made in open court, and the records from both sides were not sealed or protected. Of course, the material that was protected in earlier instances will remain confidential.

#### FACTS

[7] The Lais are all citizens of the People's Republic of China. They arrived in Canada August 14, 1999 and claimed refugee status June 8, 2000. Mr. Lai, the main applicant, based his claim for refugee status on the grounds of political opinion and membership in a particular social group—specifically, successful Chinese businessmen.

[8] In 1999, Chinese authorities received information from an undisclosed source that large-scale smuggling

et risqueraient la peine de mort malgré une note diplomatique chinoise affirmant le contraire. Après un examen approfondi à fond de leurs observations, l'agente d'ERAR a rejeté toutes leurs prétentions.

[4] Les Lai invoquent maintenant des moyens différents pour contester la décision de l'agente d'ERAR. Il s'agit d'une affaire assez complexe, qui soulève d'épineuses questions de fait et de droit que je vais bientôt aborder. Je tiens à préciser d'entrée de jeu que, pour en arriver à ma décision, je m'en suis tenu aux règles de droit et à la jurisprudence applicables. Bien que je sois conscient de l'écho que les médias ont donné à toute cette affaire, je n'ai pas tenu compte de cet aspect, qui n'a aucunement influencé mon raisonnement.

[5] Les enfants ont également présenté une demande de contrôle judiciaire de leur décision d'ERAR, dans un dossier séparé mais connexe portant le numéro IMM-2845-06 [*Wai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 364]. Je communique également aujourd'hui mes motifs et mon ordonnance dans ce dossier, sous pli séparé.

[6] Avant de passer aux faits, je tiens à formuler une dernière remarque. Une partie des témoignages et de la preuve écrite dont disposait la Commission étaient confidentiels et protégés, et le public ne pouvait donc pas les consulter. Toutefois, toutes les observations formulées verbalement l'ont été en audience publique, et les dossiers des deux parties n'étaient ni scellés ni confidentiels. Évidemment, les éléments qui étaient protégés au cours des instances antérieures demeureront confidentiels.

#### LES FAITS

[7] Les Lai sont tous citoyens de la République populaire de Chine. Ils sont arrivés au Canada le 14 août 1999 et ont revendiqué le statut de réfugié le 8 juin 2000. M. Lai, le demandeur principal, fondait sa revendication du statut de réfugié sur ses opinions politiques et sur son appartenance à un groupe social—en l'occurrence, les hommes d'affaires chinois prospères.

[8] En 1999, les autorités chinoises ont reçu des renseignements d'une source anonyme selon lesquels

was taking place in the city of Xiamen. As a result, they conducted a major investigation called the “4-20 investigation” and allegedly discovered a massive smuggling operation headed by the Lais, through their Yuan Hua group of companies. The 4-20 investigation took place over a couple of years. Investigators detained and interrogated employees of the Yuan Hua companies and various public servants. Dozens of people were arrested, charged and convicted. Some were executed as a result of their involvement.

[9] Upon learning Chinese authorities were looking for them, the Lais fled Hong Kong and came to Canada as visitors. They have never been charged with any crimes. That is because, according to the evidentiary record, people suspected of criminal activity in China are not charged until authorities have them in custody. However, the Lais are subject to the equivalent of arrest warrants. Justice Andrew MacKay discussed this point in his reasons for dismissing the Lais’ application for judicial review of the Board’s decision (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 179, at paragraph 17).

[10] In early 2000, three investigators from the 4-20 investigation team received letters of invitation from two Vancouver companies with Chinese parent companies—Tricell (Canada) Inc. and Top Glory. Employees from both companies testified before the Board, saying they did not realize who they were inviting—they were just responding to their parent companies’ requests for invitations. The visitors included Mr. Lai Shui Qiang, Mr. Lai’s brother. He has since died in prison.

[11] Once in Canada, Mr. Lai met with the 4-20 investigators, who tried to convince him to return home to China voluntarily. He refused their offer, which included promises to let him keep a portion of his assets and allow his relatives to use their identity documents again. It was only after he met with investigators that Mr. Lai apparently decided to claim refugee status.

des opérations de contrebande de grande envergure se déroulaient dans la ville de Xiamen. Elles ont par conséquent ouvert une vaste enquête, appelée « enquête 4-20 » qui aurait permis de mettre à jour un vaste réseau de contrebande dirigé par les Lai, par l’entremise de leur groupe de sociétés Yuan Hua. L’enquête 4-20 a duré quelques années. Les enquêteurs ont détenu et interrogé des employés des sociétés Yuan Hua ainsi que divers fonctionnaires. Des dizaines de personnes ont été arrêtées, accusées et condamnées. Certaines ont été exécutées en raison de leur implication.

[9] Après avoir appris que les autorités chinoises les recherchaient, les Lai se sont enfuis de Hong Kong et sont arrivés au Canada à titre de visiteurs. Ils n’ont jamais été accusés d’aucun crime, ce qui s’explique, selon la preuve versée au dossier, par le fait qu’en Chine, les autorités ne portent des accusations contre les individus soupçonnés de se livrer à des activités criminelles qu’une fois qu’ils sont détenus. Les Lai font toutefois l’objet de l’équivalent d’un mandat d’arrestation. Le juge Andrew MacKay a examiné cette question dans ses motifs de rejet de la demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission présentée par les Lai (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 179, au paragraphe 17).

[10] Au début de 2000, trois enquêteurs de l’équipe d’enquête 4-20 ont reçu des lettres d’invitation de deux sociétés de Vancouver ayant des sociétés mères en Chine, à savoir Tricell (Canada) Inc. et Top Glory. Les employés de ces deux sociétés, qui ont témoigné devant la Commission, ont affirmé qu’ils ne s’étaient pas rendu compte de l’identité des personnes qui les invitaient et qu’ils se contentaient de répondre aux demandes d’invitation des sociétés mères. Parmi les visiteurs se trouvait M. Lai Shui Qiang, le frère de M. Lai. Il est depuis décédé en prison.

[11] Une fois au Canada, M. Lai a rencontré les enquêteurs de l’équipe 4-20, qui ont tenté de le convaincre de retourner en Chine de son plein gré. Il a refusé leur offre, qui était assortie de la promesse de lui laisser une partie de ses actifs et de permettre aux membres de sa famille d’utiliser de nouveau leurs pièces d’identité. Ce n’est qu’après avoir rencontré les

[12] Before the Board, Mr. Lai claimed all the allegations against him were concocted. He argued the Chinese government was targeting him for refusing to falsely implicate a man named Li Ji Zhou (Mr. Li) of criminal activity. Mr. Li was a central government official who, according to Mr. Lai, had fallen victim to a power struggle. Because of his refusal, Mr. Lai told the Board, he was now being pursued through false charges of avoiding customs duties on imported foreign goods, ranging from cigarettes to cars, televisions and air conditioners. He was also accused of bribing countless people, including various bureaucrats who worked for customs, as well as Mr. Li himself.

[13] Before the Board, the Lais claimed that if charged with criminal offences in China, they would not get a fair trial. They argued that China's judicial system is highly politicized and controlled by the central government. They alleged the case against them had already been decided. Indeed, the former Chinese Prime Minister was even quoted as saying, in 2001, that Lai Cheong Sing "deserved to die three times." The Lais also filed expert evidence on the political and judicial systems in China, documentary evidence on the torture of prisoners, and gave oral evidence.

[14] The Board heard from approximately 25 witnesses during the hearing. The Minister introduced a breadth of evidence, including the testimony of Chinese officials, reports from the 4-20 investigation, and the Chinese conviction records of people who were allegedly involved in the Yuan Hua smuggling operation. Expert witnesses also provided evidence about the Chinese justice system.

[15] In a 294-page decision, the Board found Mr. Lai and Ms. Tsang were "clearly only fugitives from justice,

enquêteurs que M. Lai aurait décidé de revendiquer le statut de réfugié.

[12] Devant la Commission, M. Lai a soutenu que toutes les allégations formulées contre lui étaient inventées de toutes pièces. Il a affirmé que le gouvernement chinois l'avait pris pour cible parce qu'il avait refusé d'impliquer à tort un dénommé Li Ji Zhou (M. Li) relativement à de présumées activités criminelles. M. Li était un fonctionnaire du gouvernement central qui, selon M. Lai, aurait été victime d'une lutte de pouvoir. M. Lai a expliqué à la Commission qu'en raison de son refus, il était maintenant faussement accusé de s'être soustrait au paiement de droits de douanes sur divers produits étrangers importés, allant de cigarettes à des voitures, en passant par des téléviseurs et des climatiseurs. Il a également été accusé d'avoir soudoyé un nombre incalculable de personnes, dont divers bureaucrates qui travaillaient pour le service des douanes, ainsi que M. Li lui-même.

[13] Devant la Commission, les Lai ont affirmé que, s'ils étaient accusés d'infractions criminelles en Chine, ils ne pourraient obtenir un procès équitable. Ils ont soutenu que le système judiciaire chinois est hautement politisé et qu'il est contrôlé par le gouvernement central. Ils ont ajouté que l'issue de telles poursuites serait décidée d'avance. D'ailleurs, l'ancien premier ministre chinois aurait déclaré publiquement, en 2001, que Lai Cheong Sing [TRADUCTION] « mérite de mourir trois fois ». Les Lai ont également fait entendre des témoins experts sur le système politique et judiciaire chinois, en plus de déposer des éléments de preuve documentaire sur la torture des prisonniers et ils ont témoigné de vive voix.

[14] La Commission a entendu environ 25 témoins à l'audience. Le ministre a présenté une preuve abondante, en faisant notamment témoigner des représentants officiels chinois et en produisant le rapport d'enquête de l'équipe 4-20 et les relevés de condamnation chinoise de personnes qui auraient été impliquées dans les activités de contrebande de Yuan Hua. Des experts ont également témoigné au sujet du système judiciaire chinois.

[15] Dans sa décision de 301 pages, la Commission a conclu que M. Lai et M<sup>me</sup> Tsang « cherchent nettement

and nothing else.” The Board did not find either of them credible. On the contrary, it determined they were excluded from claiming refugee status under Article 1F(b) of the Convention because there were serious reasons to consider the two had committed a serious non-political crime outside their country of refuge. There was no suggestion, however, that their three children were in any way involved in the alleged criminal activity.

[16] The Board found Mr. Lai had left a lot of very important information out of his Personal Information Form (PIF). Perhaps most importantly, the Board wrote, Mr. Lai did not mention the core of his fear in his PIF—that the Chinese government wanted him to return to China so it could kill him to hide the fact that the entire 4-20 investigation was a set-up and a fraud.

[17] The Board also found the 10-month delay between Mr. Lai’s arrival in Canada and his refugee claim suspicious. Looking at the timing of his discussions with the 4-20 investigation team in Canada, it found Mr. Lai was not truly afraid of Chinese authorities. He practically played “host” to them in Canada and only claimed refugee status once he realized he could not negotiate a satisfactory arrangement to return home.

[18] The Board concluded the crimes were serious and non-political. It drew an adverse inference from the absence of business documentation that would have established whether the Lais were running legitimate businesses. Indeed, several employees of the Yuan Hua Group and lower-level customs bureaucrats gave detailed accounts about how the smuggling operations were carried out. It appears that when customs officials decided which containers to inspect in Mr. Lai’s container yard, they would let the Yuan Hua companies know. The cargo would then be changed the night before the inspection, from goods subject to high tariffs,

à fuir la justice et rien d’autre ». La Commission a estimé que ni l’un ni l’autre n’était crédible. Au contraire, elle a refusé de leur reconnaître la qualité de réfugiés par application de l’alinéa 1Fb) de la Convention sur les réfugiés parce qu’elle était d’avis qu’il existait des raisons sérieuses de penser qu’ils avaient tous deux commis un crime grave de droit commun à l’extérieur de leur pays de refuge. La Commission n’a toutefois pas laissé entendre que les trois enfants avaient été impliqués de quelque façon que ce soit dans les présumées activités criminelles.

[16] La Commission a estimé que M. Lai avait passé sous silence un grand nombre de renseignements très importants dans son formulaire de renseignements personnels (FRP). La Commission a écrit que ce qui était peut-être encore plus significatif était le fait que M. Lai n’avait pas mentionné dans son FRP le fondement même de sa crainte de persécution, en l’occurrence que le gouvernement chinois voulait qu’il retourne en Chine pour l’exécuter afin de l’empêcher de révéler que l’enquête 4-20 était une supercherie et une fraude.

[17] La Commission a également trouvé suspect le fait que M. Lai ait laissé écouler une dizaine de mois après son arrivée au Canada avant de revendiquer le statut de réfugié. Relevant les dates lors desquelles il avait discuté avec les enquêteurs de l’équipe 4-20 au Canada, la Commission a estimé que M. Lai ne craignait pas véritablement les autorités chinoises. Il leur avait pratiquement servi d’« hôte » au Canada et il n’avait revendiqué le statut de réfugié qu’une fois qu’il s’était rendu compte qu’il ne pouvait négocier une entente satisfaisante pour rentrer au pays.

[18] La Commission a conclu qu’il s’agissait de crimes graves de droit commun. Elle a tiré une inférence défavorable de l’absence de tout document d’affaires qui aurait pu prouver que M. Lai et sa femme menaient des activités commerciales légitimes. D’ailleurs, plusieurs employés du Yuan Hua Group ainsi que certains fonctionnaires qui occupaient des postes subalternes ont expliqué en détail le déroulement des opérations de contrebande. Il appert que c’était le personnel du bureau des Douanes qui décidait quels conteneurs seraient inspectés et qui communiquait avec la société Yuan Hua pour lui dire quel conteneur serait soumis à une



to those subject to much lower tariffs. Staff at the container yard would also replace the actual commercial seals with fake ones, to agree with the fake documentation for the replacement goods in the inspected containers.

[19] The Board also found that when Mr. Lai decided to give someone a “loan,” he paid little attention to whether he would ever be repaid. He never asked “loan” recipients for business proposals, and did not put any of the agreements into writing. The Board found that sometimes Mr. Lai did not even know the person receiving his money, and thus concluded the payments looked more like bribes than loans.

[20] Indeed, Mr. Li Ji, the senior bureaucrat to whom I referred at paragraph 12, gave evidence to the Board saying he believed he was receiving bribes from Mr. Lai. He also gave Mr. Lai consideration for the money in two known incidents. First, he helped Mr. Lai get a special licence to travel between mainland China and Hong Kong. Second, he helped one of Mr. Lai’s friends avoid criminal charges when marine police seized a 30,000 tonne diesel shipment.

[21] There was also much discussion at the Board hearing about a diplomatic note from China to Canada. In the note, China wrote that it would not sentence Mr. Lai or Ms. Tsang to death for crimes they committed before their repatriation. Nor would the Chinese government torture them upon their return. John Holmes, Director of the United Nations Criminal and Treaty Law Division in the Department of Foreign Affairs and International Trade, gave expert evidence to the Board about the note. He testified that a diplomatic note, though not binding at international law, is the highest level of agreement between states aside from a treaty. He said it would be extremely unusual for a state to breach such a commitment because it would

inspection le lendemain. La veille de l’inspection, on procédait à une substitution de fret en remplaçant les marchandises fortement taxées par d’autres qui étaient assujetties à un tarif beaucoup moins élevé. Le personnel qui travaillait à la gare de triage des conteneurs remplaçait aussi les plombs commerciaux d’origine par de faux plombs pour qu’ils correspondent aux documents falsifiés établis pour les marchandises de remplacement placées dans les conteneurs inspectés.

[19] La Commission a également conclu que, lorsque M. Lai décidait de « prêter » de l’argent à quelqu’un, il ne se souciait guère du remboursement. Il ne réclamait jamais de projet d’entreprise de la part des « bénéficiaires » de ces prêts et aucune entente n’était couchée sur papier. La Commission a signalé qu’il arrivait parfois que M. Lai ne connaissait même pas la personne qui recevait et elle en a conclu que ces versements ressemblaient davantage à des pots-de-vin qu’à des prêts.

[20] D’ailleurs, M. Li Ji, le haut fonctionnaire dont il a déjà été question au paragraphe 12, a témoigné devant la Commission qu’il croyait qu’il recevait des pots-de-vin de M. Lai. Il a également accordé une contrepartie à M. Lai pour l’argent reçu à deux reprises. La première fois, il a aidé M. Lai à obtenir une plaque spéciale lui permettant de circuler entre Hong Kong et la Chine continentale. La seconde fois, il a aidé un des amis de M. Lai à éviter des accusations criminelles après qu’une cargaison de 30 000 tonnes de carburant diesel eut été saisie par la police maritime.

[21] À l’audience de la Commission, on a également longuement débattu d’une note diplomatique adressée par la Chine au Canada. Dans cette note, la Chine s’engageait à ne pas condamner M. Lai et M<sup>me</sup> Tsang à la peine de morts pour les crimes qu’ils avaient commis avant leur rapatriement en Chine. Le gouvernement chinois s’engageait aussi à faire en sorte que M. Lai et M<sup>me</sup> Tsang ne soient pas assujettis à la torture à leur retour en Chine. M. John Holmes, directeur de la Division des Nations Unies pour le droit criminel et des traités au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, a témoigné à titre d’expert au sujet de cette note devant la Commission. Il a expliqué que, même si elle n’a pas force obligatoire en droit

undermine its credibility. He added that of dozens he had seen in his career, the Chinese government had never violated the substance of any of its notes. He also was not aware of a situation where the Canadian government had not relied on a note of this type. Based on that evidence, the Board found China would honour its assurances about both torture and the death penalty.

[22] As for Ms. Tsang, the Board found she played a major role in running the Yuan Hua companies. For example, there was evidence she was one of only three people with signing authority. This conflicted with her testimony that she knew nothing about how the Yuan Hua companies were run.

[23] The Board also went through the immigration applications Ms. Tsang had submitted for herself and her children, long before they fled to Canada and claimed refugee status. She had applied as an entrepreneur, and applied on her children's behalf for visas. The Board said she, at best, was indifferent about whether the information she gave Canadian immigration authorities was true.

[24] On the basis of the foregoing, the Board excluded the Lais from refugee status, pursuant to Article 1F(b) of the Convention. Mr. Lai was excluded for both bribery and smuggling, while Ms. Tsang was only excluded for smuggling. Since this was determinative of their refugee claim, the Board found it unnecessary to consider fraud charges, as well as allegations that the Lais had committed tax evasion. It also bears noting that only the parents were excluded under Article 1F(b) of the Convention.

international, une note diplomatique constitue la forme d'entente la plus formelle hormis un traité. Il a ajouté qu'il serait très inhabituel qu'un État ne respecte pas un engagement exprimé librement dans une note diplomatique, parce que cela porterait atteinte à sa crédibilité. Il a ajouté que, sur les dizaines de notes diplomatiques de la Chine qu'il a vues au cours de sa carrière, le gouvernement chinois n'en a jamais violé aucune. Il n'a connaissance d'aucune situation où le gouvernement du Canada ne s'est fié à ces notes. Se basant sur ce témoignage, la Commission a estimé que la Chine respecterait les engagements énoncés dans la note diplomatique à l'égard de la torture et de la peine de mort.

[22] Quant à M<sup>me</sup> Tsang, la Commission a estimé qu'elle avait joué un rôle de premier plan au sein du groupe de sociétés Yuan Hua. Ainsi, il ressortait de la preuve qu'elle était parmi les trois seuls signataires autorisés, ce qui contredisait son témoignage comme quoi qu'elle ignorait tout du mode de fonctionnement du groupe de sociétés Yuan Hua.

[23] La Commission a également examiné les demandes d'immigration que M<sup>me</sup> Tsang avait soumises pour elle-même et pour ses enfants longtemps avant qu'ils ne s'enfuient au Canada et y revendiquent le statut de réfugié. Elle avait présenté sa demande dans la catégorie des entrepreneurs et avait demandé des visas au nom de ses enfants. La Commission a mentionné qu'il lui était complètement égal de savoir si les renseignements qu'elle communiquait aux autorités canadiennes de l'immigration étaient vrais ou non.

[24] Se fondant sur ce qui précède, la Commission a refusé de reconnaître le statut de réfugié aux Lai par application de l'alinéa 1Fb) de la Convention. Dans le cas de M. Lai, le refus était fondé sur la corruption et la contrebande, tandis que, dans le cas de M<sup>me</sup> Tsang, l'exclusion reposait sur la contrebande. Comme cette conclusion scellait le sort de leur revendication du statut de réfugié, la Commission s'est dite d'avis qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les accusations de fraude, ainsi que les allégations suivant lesquelles les Lai s'étaient rendus coupables d'évasion fiscale. Il y a par ailleurs lieu de signaler que seuls les parents ont été exclus aux termes de l'alinéa 1Fb) de la Convention.

[25] Though it was not necessary to consider the couple's other submissions because they had already been excluded from claiming refugee status, the Board also rejected their claims to be Convention refugees based on political opinion and membership in a particular social group. Since the children's claims were based on their parents', their claims were rejected as well.

[26] It is important to note that the Board's decision was based on the old *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], which is why it only discussed the applicants' Convention refugee claims. The pre-removal risk assessment (PRRA) was introduced when the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) came into force in 2002. The PRRA decision was therefore the first time anyone assessed whether the Lais were persons in need of protection, pursuant to section 97 of the IRPA.

[27] Following the Board's decision, the Lais applied for leave and judicial review. Leave was granted, but Justice MacKay dismissed the application in *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 179. He nevertheless certified four questions, which the Federal Court of Appeal eventually answered in the following way (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 606, at paragraph 95):

Certified Question #1(a)

In a refugee exclusion case based on Article 1F(b) of the Refugee Convention

(a) Where the Minister relies upon interrogation statements produced abroad by foreign government agencies, must the Minister establish those statements were voluntary when made, particularly where there is some evidence of a lack of voluntariness of one or more of the statements, and evidence of torture sometimes used in obtaining statements from persons detained is included in information on general country conditions?

[25] Même si le fait qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les autres observations formulées par les Lai, étant donné qu'elle avait déjà refusé de leur reconnaître le statut de réfugié, la Commission a également refusé de leur reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social. Comme elle était fondée sur celle de leurs parents, la revendication des enfants a également été rejetée.

[26] Il est important de signaler que la décision de la Commission était fondée sur l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], ce qui explique pourquoi la Commission a traité uniquement les revendications du statut de réfugié des demandeurs. La procédure d'examen des risques avant renvoi (ERAR) a été introduite en 2002, en même temps que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Lorsque la décision a été prise à la suite de l'examen des risques avant renvoi, c'était la première fois que quelqu'un se prononçait sur la question de savoir si les Lai étaient des personnes à protéger au sens de l'article 97 de la LIPR.

[27] À la suite de la décision de la Commission, les Lai ont présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. L'autorisation leur a été accordée, mais le juge MacKay a rejeté la demande dans le jugement *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 179. Il a néanmoins certifié quatre questions auxquelles la Cour d'appel fédérale a par la suite répondu de la façon suivante (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 125, au paragraphe 95) :

Question certifiée n° 1a)

[TRADUCTION]

Dans une affaire relative à l'exclusion en vertu de la section 1F(b) de la Convention :

a) Si le ministre prend appui sur des déclarations découlant d'interrogatoires que lui fournissent des organismes gouvernementaux étrangers, le ministre est-il tenu de démontrer que ces déclarations ont été faites volontairement, particulièrement s'il y a des preuves qu'une ou plus d'une de ces déclarations n'étaient pas tout à fait volontaires, et si les renseignements sur les conditions dans le pays indiquent qu'on a parfois recours à la torture pour obtenir des déclarations de la part des personnes détenues?

Answer

No. The Minister has the onus to provide credible or trustworthy evidence on which the Board can determine whether a claimant should be excluded from the Convention refugee definition. The Board is not bound by any legal or technical rules of evidence and, in any proceedings before it, it may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings that it considers credible or trustworthy in the circumstances of the case. Statements obtained by torture or other cruel, inhumane or degrading treatment or punishment are neither credible nor trustworthy.

In this case the Minister adduced evidence to show that the foreign statements were credible or trustworthy, including evidence that the statements were given willingly and in accordance with the procedural requirements of Chinese law. There was also before the Board evidence of general country conditions indicating that torture occurs and is not always controlled by the authorities, as well as vague hearsay statements. Based on the entire body of evidence presented, and in the absence of specific evidence that the foreign statements offered by the Minister were obtained by torture, the Board was entitled to admit those statements and conclude that they were obtained voluntarily.

Certified Question #1(b)

In a refugee exclusion case based on Article 1F(b) of the Refugee Convention

(b) Is the Minister required to give notice in advance of a hearing, of specific criminal acts alleged against the claimant, or is it sufficient if evidence at the subsequent hearing reveals specifics of criminal acts allegedly committed by the claimant?

Answer

No. The Minister is not required to provide notice of the specific criminal acts alleged against a claimant. Pursuant to section 9 of the former Rules, the Minister is required to specify the parts of Article 1F that are relevant to the claim and to set out briefly the law and facts on which he relies. The Minister is not obliged to provide particulars at the standard that might be required, for example, in a criminal indictment. The notice in this case contained sufficient information to the [sic] meet the statutory requirement.

The Minister is required to adduce credible or trustworthy evidence at the hearing that is relevant to the questions raised

Réponse

Non. Il incombe au ministre de présenter des éléments de preuve crédibles ou dignes de foi à la lumière desquels la Commission peut déterminer s'il faut exclure un revendicateur de la définition de réfugié au sens de la Convention. La Commission n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Elle peut recevoir les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision. Les déclarations obtenues au moyen de la torture ou de tout traitement ou peine cruel, inhumain ou dégradant ne sont ni crédibles ni dignes de foi.

En l'espèce, le ministre a produit des preuves indiquant que les déclarations obtenues à l'étranger étaient crédibles ou dignes de foi, y compris des preuves que les déclarations ont été faites volontairement et conformément aux exigences procédurales du droit chinois. On a également présenté à la Commission des preuves de nature générale sur les conditions dans le pays, faisant valoir qu'on y a recours à la torture et que les autorités ne sont pas toujours en mesure de contrôler ce recours à la torture; la Commission a aussi entendu des déclarations vagues constituant du oui-dire. À la lumière de l'ensemble de la preuve présentée, et faute de preuve précise indiquant que les déclarations obtenues à l'étranger par le ministre étaient le fruit de la torture, la Commission était autorisée à admettre ces déclarations et à conclure qu'elles avaient été faites volontairement.

Question certifiée n° 1b)

[TRADUCTION]

Dans une affaire relative à l'exclusion en vertu de la section 1Fb) de la Convention :

b) Le ministre est-il tenu de préciser, avant l'audience, les actes criminels allégués imputés au revendicateur, ou suffit-il que la preuve à l'audience subséquente dévoile l'information précise au sujet des actes criminels allégués qu'aurait commis le revendicateur?

Réponse

Non. Le ministre n'est pas tenu de préciser, avant l'audience, les actes criminels allégués imputés au revendicateur. En vertu de l'article 9 des anciennes Règles, le ministre est tenu de préciser les éléments de la section 1F mis en cause par la revendication et d'exposer brièvement le droit et les faits sur lesquels il prévoit s'appuyer. Le ministre n'est pas tenu de fournir des précisions selon la norme qui serait de mise, par exemple, s'il s'agissait d'une mise en accusation au criminel. En l'espèce, l'avis renfermait suffisamment d'information pour satisfaire aux exigences réglementaires.

Le ministre est tenu de présenter à l'audience des éléments de preuve crédibles ou dignes de foi qui ont trait aux questions

by the exclusionary ground, which is whether there are serious reasons for considering whether a claimant has committed a serious non-political crime outside Canada prior to arrival in this country.

Under the new Act, the Minister is now required to give notice in advance of a hearing in accordance with section 25 of the new Rules. He must also comply with section 29 of the new Rules, which generally require[s] that a claimant be provided with the documents to be relied on by the Minister not later than 20 days before the hearing.

#### Certified Question # 1(c)

In a refugee exclusion case based on Article 1F(b) of the Refugee Convention

(c) Is the Refugee Division required to state in its decision the specifics of criminal acts committed by the claimant?

#### Answer

No. The Board is not required to state in its decision the specifics of the criminal acts committed by a claimant.

#### Certified Question # 2

Does the decision of the Supreme Court in *Suresh v. M.C.I.*, [2002] 1 S.C.R. 3, providing for separate assessment of a foreign state's assurance to avoid torture of returned nationals, apply where there is some evidence of generalized resort to torture in the foreign state, or only where there is evidence reasonably indicating resort to torture in similar cases?

#### Answer

The Panel declines to answer this question on the basis of the analysis earlier articulated in these reasons for judgment.

[28] The Supreme Court of Canada denied leave to appeal the Federal Court of Appeal's decision on September 1, 2005 (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] S.C.C.A. No. 298 (QL)).

[29] On October 12, 2005, an enforcement officer from the Canada Border Services Agency met with the Lais and their counsel. The officer provided each

soulevées par le motif d'exclusion, soit l'existence de raisons sérieuses de penser que le revendicateur avait commis des crimes graves de droit commun à l'extérieur du Canada avant son arrivée au pays.

Aux termes de la nouvelle Loi, le ministre est maintenant tenu de transmettre un avis au revendicateur avant la tenue de l'audience conformément à l'article 25 des nouvelles Règles. Il doit également respecter l'article 29 de ces Règles, qui précise que le revendicateur doit recevoir les documents sur lesquels la ministre prévoit s'appuyer au plus tard 20 jours avant l'audience.

#### Question certifiée n° 1c)

[TRADUCTION]

Dans une affaire relative à l'exclusion en vertu de la section 1Fb) de la Convention :

c) La Section du statut de réfugié est-elle tenue d'énoncer, dans l'exposé de sa décision, des précisions sur les actes criminels commis par le revendicateur?

#### Réponse

Non. La Commission n'est pas tenue d'énoncer, dans l'exposé de sa décision, des précisions sur les actes criminels commis par le revendicateur.

#### Question certifiée n° 2

Est-ce que l'arrêt de la Cour suprême *Suresh c. M.C.I.*, [2002] 1 R.C.S. 3, exigeant une évaluation distincte des assurances fournies par un État étranger qui promet de ne pas torturer les ressortissants renvoyés, s'applique dans les situations où il y a certaines preuves d'un recours général à la torture au sein de l'État étranger, ou seulement dans les situations où il y a des preuves raisonnables indiquant qu'on a recours à la torture dans des causes similaires?

#### Réponse

Le tribunal refuse de répondre à cette question à la lumière de l'analyse exposée précédemment dans les présents motifs.

[28] La Cour suprême du Canada a, le 1<sup>er</sup> septembre 2005, refusé d'accorder l'autorisation de se pourvoir à l'encontre de la décision de la Cour d'appel fédérale (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] S.C.C.A. n° 298 (QL)).

[29] Le 12 octobre 2005, un agent d'exécution de l'Agence des services frontaliers du Canada a rencontré les Lai et leur avocat, et il a fourni à chaque demandeur

applicant with an amended application for a PRRA, an amended notification regarding the PRRA, and a guide to applying for a PRRA. As I mentioned earlier, this was the first time the alleged risks were assessed under subsection 97(1) of the IRPA, since their refugee claim was determined under the former *Immigration Act*. Their PRRA application was limited only to the question of whether they were persons in need of protection under subsection 97(1), however, because the Board had excluded them from Convention refugee status under Article 1F(b) of the Convention. According to paragraph 112(3)(c) of the IRPA, an applicant cannot claim refugee status if he or she is excluded under Article 1F.

[30] The Lais accepted the opportunity to apply for a PRRA, but submitted their PRRA should be determined by someone other than a PRRA officer, who acts as a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration. They argued the PRRA decision-making process would be inherently fettered, because the Minister had already taken a position on the diplomatic note from China during their Board hearing, arguing in favour of the note's reliability. Bearing this in mind, the Lais claimed no PRRA officer, as a delegate of the Minister, could decide their application fairly. The officer would be bound to find that the Lais would not be at risk if returned to China, in order to conform with the Minister's submissions to the Board. The Lais nevertheless submitted their PRRA application on November 10, 2005.

[31] It is worth mentioning that the Minister of Citizenship and Immigration no longer intervenes in refugee hearings before the Board. That role has been transferred to a portfolio agency called the Canada Border Services Agency, which reports to the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness. PRRA decisions are still done by officers within the Department of Citizenship and Immigration.

une demande modifiée d'ERAR, un avis modifié ayant trait à l'ERAR, et un guide de demande d'ERAR. Comme il a déjà été mentionné, c'était la première fois que les présumés risques étaient évalués en vertu du paragraphe 97(1) de la LIPR, étant donné que leur revendication du statut de réfugié avait été examinée sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Leur demande d'ERAR portait uniquement sur la question de savoir s'ils étaient des personnes à protéger au sens du paragraphe 97(1), parce que la Commission avait refusé de leur reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par application de l'alinéa 1Fb) de la Convention. Or, l'alinéa 112(3)c) de la LIPR précise bien que l'asile ne peut être conféré au demandeur qui a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention.

[30] Les Lai ont saisi l'occasion qui leur était offerte de présenter une demande d'ERAR, mais ils ont fait valoir que l'ERAR devait, dans leur cas, être effectué par quelqu'un d'autre qu'un agent d'ERAR, qui agit à titre de délégué du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Ils ont soutenu que le processus de prise de décision d'ERAR serait entravé de façon inhérente parce que le ministre s'était déjà prononcé en faveur de la fiabilité de la note diplomatique chinoise au cours de l'audience de la Commission. Les Lai soutenaient que, compte tenu de ce fait, aucun agent d'ERAR ne pourrait juger leur demande de façon équitable, en tant que délégué du ministre. L'agent serait en effet obligé de conclure que les Lai ne seraient exposés à aucun risque s'ils retournaient en Chine, pour se conformer aux observations formulées par le ministre devant la Commission. Les Lai ont néanmoins soumis leur demande d'ERAR le 10 novembre 2005.

[31] Il vaut la peine de mentionner que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration n'intervient plus dans le cadre des audiences concernant le statut de réfugié qui se déroulent devant la Commission. Ce rôle a été délégué à un organisme du portefeuille appelé Agence canadienne des services frontaliers, qui relève du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. Les décisions d'ERAR sont encore prises par des fonctionnaires du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration.

[32] The Lais then sought leave and judicial review of the decision that they had to submit their PRRA application to the Minister. They asked this Court to quash the decision and declare they had to submit their PRRA application to the Federal Court. They also argued that the requirement under the IRPA of having the Minister determine PRRA applications should be found constitutionally inoperative, or of no force or effect under section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] as a violation of section 7 of the Charter.

[33] My colleague Justice Eleanor Dawson decided the Lais' application was premature and dismissed it on April 11, 2006 (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 141 C.R.R. (2d) 37 (F.C.)). She held, *inter alia*, that this Court could only supervise the Minister's decision on the PRRA. It had no jurisdiction to pre-empt the decision itself. In and of itself, section 24 of the Charter does not confer jurisdiction on any court to grant a remedy, if it does not already have that power. She also found that a Charter breach would not exist until a decision adverse to the applicants was made. If they received a negative PRRA decision, then it could be reviewable. At that stage, the Court could canvass the bias allegations with the benefit of the PRRA officer's reasons. She therefore refrained from making any comment on the strength of the applicants' case and dismissed the application.

[34] The PRRA decision was eventually released on May 11, 2006. The officer concluded the Lais were unlikely to face a risk to life, a risk of torture, or a risk of cruel and unusual treatment or punishment if returned to the People's Republic of China. They were set to be removed June 2, 2006. Mr. Lai then sought a stay of his removal before this Court, which was granted by my colleague Justice Carolyn Layden-Stevenson on June 1, 2006 (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 672). She found the certified question about torture and diplomatic assurances, which the Federal Court of Appeal had declined to answer, was

[32] Les Lai ont ensuite présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision les obligeant à soumettre leur demande d'ERAR au ministre. Ils ont demandé à notre Cour d'annuler la décision et de déclarer qu'ils devaient soumettre leur demande d'ERAR à la Cour fédérale. Ils demandaient également à la Cour de déclarer inopérante du point de vue constitutionnel, ou invalide et sans effet en vertu de l'article 52 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]], au motif qu'elle violait l'article 7 de la Charte, l'exigence selon laquelle la demande d'ERAR devait être décidée par le ministre.

[33] L'estimant prématurée, ma collègue la juge Eleanor Dawson a, le 11 avril 2006, rejeté la demande des Lai (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 473). Elle a notamment expliqué que notre Cour est simplement habilitée à superviser la décision du ministre et qu'elle n'a pas compétence pour devancer la décision elle-même. En soi, l'article 24 de la Charte ne confère à aucun tribunal le pouvoir d'accorder une réparation si ce tribunal ne possède pas déjà ce pouvoir. Elle a également estimé qu'il ne pouvait y avoir d'atteinte à la Charte avant qu'une décision défavorable aux demandeurs ne soit rendue. Ce n'est que dans le cas où leur demande d'ERAR ferait l'objet d'une décision défavorable que cette décision pourrait être contrôlée par la Cour, qui pourra alors scruter de près les allégations de partialité en tenant compte des motifs de décision de l'agent d'ERAR. La juge Dawson s'est donc abstenue de tout commentaire sur la solidité de la preuve des demandeurs, se contentant de rejeter leur demande.

[34] La décision d'ERAR a finalement été rendue le 11 mai 2006. L'agente a conclu qu'il était peu probable que les Lai soient exposés à un risque de torture, à une menace à leur vie ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités s'ils devaient retourner en République populaire de Chine. Leur renvoi était prévu pour le 2 juin 2006. M. Lai a alors demandé à notre Cour de surseoir à l'exécution de la mesure de renvoi. Ma collègue, la juge Carolyn Layden-Stevenson, a fait droit à cette demande le 1<sup>er</sup> juin 2006 (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 672). Elle a estimé que la question certifiée posée au

a serious issue. In coming to that conclusion, she relied on paragraph 94 of the Federal Court of Appeal's reasons, above, in which Justice Brian Malone stated [(2005), 253 D.L.R. (4th) 606]:

This, of course, is not the end of the review process for the appellants. The next proceeding is the "Pre-Removal Risk Assessment" under section 112 of the new Act, where the question of torture and diplomatic assurances can be fully canvassed along with any new and relevant evidence that may become available. It is also noteworthy that the appellants may also apply to the Minister to stay in Canada on humanitarian and compassionate grounds pursuant to the principles set out in subsection 25(1) of the new Act. The Board's decision in the present appeal does not fetter the Minister's discretion in any way when he considers an application under section 112 or on humanitarian and compassionate grounds.

[35] Justice Layden-Stevenson also found that irreparable harm was established, as removal would cause Mr. Lai to face the risk that he alleged was present and that he argued had not been adequately assessed by the PRRA officer. She therefore ordered that Mr. Lai's removal be stayed pending determination of his application for leave for judicial review and, if leave was granted, pending determination of the judicial review.

#### IMPUGNED DECISION

[36] The PRRA officer started her 40-page decision by assessing the Lais' allegations of bias. After reviewing their arguments, she concluded the PRRA decision-making process did not give rise to a reasonable apprehension of institutional bias. Having no predetermined opinions on any of the evidence before her, she also found no personal reason to withdraw from the application.

[37] The PRRA officer wrote that to accept the Lais' arguments about bias would be tantamount to concluding there could not be more than one mandate

de la torture et des assurances diplomatiques à laquelle la Cour d'appel fédérale avait refusé de répondre était une question sérieuse. Pour en arriver à cette conclusion, elle s'est fondée sur le paragraphe 94 des motifs rédigés par le juge Brian Malone s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale [2005 CAF 125] :

Évidemment, la présente procédure ne constitue pas la fin du processus de contrôle pour les appelants. La prochaine procédure est l'« évaluation du risque avant le renvoi » aux termes de l'article 112 de la nouvelle Loi, où l'on pourra examiner de manière approfondie la question de la torture et des assurances diplomatiques, ainsi que toute nouvelle preuve pertinente que l'on pourrait produire. Il convient également de signaler que les appelants peuvent présenter au ministre une demande en vue de demeurer au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire, en vertu des principes exposés au paragraphe 25(1) de la nouvelle Loi. La décision de la Commission visée dans le présent appel n'entrave aucunement le ministre lorsqu'il examine une demande visée à l'article 112 ou fondée sur des raisons d'ordre humanitaire.

[35] La juge Layden-Stevenson a également conclu que la preuve d'un préjudice irréparable avait été établie, étant donné que, s'il était renvoyé, M. Lai serait exposé au risque qu'il alléguait et qui, selon lui, n'avait pas été correctement évalué par l'agente d'ERAR. Elle a par conséquent ordonné un sursis de l'exécution du renvoi de M. Lai jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande d'autorisation relative au contrôle judiciaire et, si l'autorisation est accordée, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande de contrôle judiciaire.

#### LA DÉCISION CONTESTÉE

[36] L'agente d'ERAR a commencé sa décision de 40 pages en évaluant les allégations de partialité formulées par les Lai. Après avoir examiné leurs arguments, elle a conclu que le processus de prise de décision d'ERAR ne suscitait pas de crainte raisonnable de partialité institutionnelle en l'espèce. Comme les éléments de preuve portés à sa connaissance ne lui permettaient pas de conclure que la question avait été tranchée à l'avance, elle a également conclu qu'elle n'avait aucune raison personnelle de se retirer du dossier.

[37] L'agente d'ERAR a écrit qu'accepter les arguments des Lai au sujet de la partialité reviendrait à conclure qu'il ne peut exister plusieurs mandats au sein



within the Department of Citizenship and Immigration. In her opinion, such a view would reduce a PRRA officer's role to that of automatically concurring with previous decisions. She refused to recuse herself and opined that she was able to assess all the information before her and weigh the information based on her own analysis, without being influenced by representations that different Minister's delegates had made in other proceedings. She also noted that she had no authority to establish a commission of inquiry, for which the Lais had asked. In any event, to do so would be to accept the argument that a reasonable apprehension of bias existed, which, in her opinion, was not the case.

[38] She then reviewed the facts and summarized the allegations, before proceeding to her analysis. Starting with the diplomatic note, she considered all the witnesses' evidence. She gave weight to expert John Holmes' testimony, characterizing the note as a formal, political commitment. While the note was not binding at international law, she wrote, it reflected China's intention to fulfill a specific commitment. She also cited other experts who testified why it would be in China's interests to honour its assurances and stressed that China—not Canada—had initiated the discussions which led to the note. She accepted that there is no remedy at international law for violating a diplomatic note. However, since there was insufficient evidence that China had violated previous diplomatic promises, she was not convinced it was likely to renege on its promises regarding the Lais.

[39] The officer also dismissed counsel's argument that it would be inconsistent to conclude the assurances could be trusted, and at the same time find that China's courts are independent from the government. The Lais submitted that if the assurances were reliable, it could only be because the Chinese government had effective control over the judiciary. Instead, however, the officer adopted the opinion of expert Dr. Jerome Cohen, writing

du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. À son avis, une telle façon de voir réduirait le rôle des agents d'ERAR à celui de souscrire automatiquement aux décisions antérieures. Elle a donc refusé de se récuser et s'est dite d'avis qu'elle était en mesure d'examiner tous les éléments d'information portés à sa connaissance et de les évaluer en fonction de sa propre analyse sans être influencée par les observations que les divers délégués du ministre ont pu formuler dans d'autres procédures. Elle a également signalé qu'elle n'était pas habilitée à établir la commission d'enquête réclamée par les Lai. En tout état de cause, prendre une telle mesure reviendrait à accepter l'argument qu'il existait une crainte raisonnable de partialité ce qui, à son avis, n'était pas le cas.

[38] Elle a ensuite passé les faits en revue et résumé les allégations, avant de se lancer dans sa propre analyse. En commençant par la note diplomatique, elle a examiné les dépositions de tous les témoins. Elle a ajouté foi au témoignage de l'expert John Holmes, qui avait qualifié la note diplomatique d'engagement politique formel. Elle a écrit que, même si elle n'avait pas force de loi en droit international, la note exprimait l'intention de la Chine de respecter un engagement déterminé. Elle a également cité les propos d'autres experts, qui avaient expliqué pourquoi il serait dans l'intérêt de la Chine d'honorer les assurances qu'elle avait données, et elle a souligné que c'était la Chine—et non le Canada—qui avait pris l'initiative des pourparlers ayant conduit à la note en question. Elle a reconnu que le droit international ne prévoit aucun recours en cas de non-respect d'une note diplomatique. Toutefois, comme il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que la Chine avait manqué par le passé à ses promesses diplomatiques, elle n'était pas convaincue que la Chine ne respecterait pas ses promesses en ce qui concerne les Lai.

[39] L'agente a également rejeté l'argument de l'avocat suivant lequel il serait illogique de conclure qu'on pouvait ajouter foi aux assurances tout en concluant que les tribunaux chinois sont indépendants du gouvernement. Les Lai ont fait valoir que, si les assurances étaient fiables, ce n'était que parce que le gouvernement chinois contrôle effectivement le pouvoir judiciaire. L'agente a plutôt retenu l'avis exprimé par

the following at page 15 of her decision:

... what counsel for the applicants sees as inconsistency, Cohen notes is the 'other side of the coin of the widely-condemned absence of judicial independence in the PRC', that is that PRC courts, in his words, "have an impeccable record in doing what they are told to do by the nation's highest government and Communist Party institutions."

[40] The officer also rejected counsel's argument that the note did not preclude a conditional death sentence. According to the Lais, this opening would enable the Chinese government to execute them for crimes committed after their repatriation, without technically violating the terms of the note. The officer found this argument speculative, concluding there was no evidence Chinese authorities had left that possibility open. In the same vein, she was of the view that the assurances applied equally to both Mr. Lai and Ms. Tsang, contrary to what they had argued.

[41] In the end, the officer concluded it was unlikely, on the balance of probabilities, that the Chinese government would "take the extraordinary step" of providing the note after high-level negotiations, documented in national and international media, and then renege on its promises, thereby damaging its international reputation (PRRA reasons, at page 16). I believe the gist of her reasoning with respect to the note can be found in the following two paragraphs, at page 35 of her decision:

I find that the applicants' case is unique in the sense that the diplomatic assurance in question was proffered voluntarily by the Chinese government to the Canadian government. I find this action one that has been widely publicized, both in the PRC and internationally. Regarding the death penalty, notwithstanding country condition reports about the use of the death penalty in China, execution of other individuals convicted in the 'Xiamen smuggling scandal' and a politicized judicial system and a media that is often used as a tool by the government to report its intents and targets, what I have before

l'expert Jerome Cohen. Elle écrit ce qui suit, à la page 15 de sa décision :

[TRADUCTION] ... ce que l'avocat des demandeurs considère comme illogique constitue, selon Cohen, [TRADUCTION] « l'envers de la médaille de l'absence largement déplorée d'indépendance du pouvoir judiciaire en République populaire de Chine ». Autrement dit, pour reprendre ses propres mots : [TRADUCTION] « Il est bien connu que les tribunaux chinois font ce que leur disent les instances les plus élevées du gouvernement et du Parti communiste ».

[40] L'agente a également rejeté l'argument de l'avocat suivant lequel la note n'excluait pas la possibilité d'une peine de mort conditionnelle. Suivant les Lai, une telle possibilité permettrait au gouvernement chinois de les exécuter pour des crimes commis après leur rapatriement sans pour autant violer la note diplomatique, du moins en principe. L'agente s'est dite d'avis que cet argument était hypothétique, car rien ne permettait de penser que les autorités chinoises avaient envisagé cette possibilité. Dans le même ordre d'idées, l'agente s'est dite d'avis que les assurances valaient tant pour M. Lai que pour M<sup>me</sup> Tsang, contrairement à ce que ces derniers soutenaient.

[41] En fin de compte, l'agente a conclu qu'il était peu probable, selon la prépondérance des probabilités, que le gouvernement chinois prenne une mesure aussi exceptionnelle que celle consistant à rédiger une telle note diplomatique après s'être engagé dans des négociations de haut niveau et après que la presse tant nationale qu'internationale y eut fait largement écho, pour ensuite revenir sur ses promesses, ternissant ainsi sa réputation internationale (motifs de la décision d'ERAR, page 16). J'estime que l'essentiel du raisonnement suivi par l'agente au sujet de la note se trouve aux deux paragraphes suivants, à la page 35 de sa décision :

[TRADUCTION] J'estime que le cas des demandeurs est unique en ce sens que c'est de son plein gré que le gouvernement chinois a donné les assurances diplomatiques en question au gouvernement canadien. Je constate qu'on a beaucoup parlé de cette histoire tant en RPC que sur le plan international. En ce qui concerne la peine de mort, en dépit des rapports publiés au sujet de la situation au pays en ce qui a trait au recours à la peine de mort en Chine, à l'exécution d'autres individus reconnus coupables du « scandale de la contrebande de Xiamen » et au système judiciaire et aux médias politisés dont

me is the case of two individuals whose cases have been very well-publicized both in Canada and internationally, as well as a diplomatic document that purports to ensure that the death penalty and torture will not be imposed upon Lai Cheong Sing nor Tsang Ming Na.

...

Counsel appears to be conflating his view of the noted deficiencies in Chinese law and practice with his opinion that the diplomatic note will not be sufficient to protect the applicants from either the death penalty or torture. I find, based on my consideration of the evidence, that the Government has the ability to ensure that the full terms of the diplomatic note will be abided by, in other words, that neither of the applicants will face either the death penalty, or a suspended death sentence, or be subjected to torture, or cruel and unusual mistreatment or punishment. I do not agree that the absence of a mechanism to monitor the compliance of the Chinese government with the terms of the note is to be interpreted as rendering the note itself unreliable. Having regard to the nature and format of the diplomatic assurance, the correspondence that took place between Canadian and Chinese representatives to establish the terms of the assurance, and the identity of the applicants, I do not accept counsel's argument that I should dismiss this diplomatic assurance on the basis that its terms cannot be guaranteed without some kind of diplomatic sanction behind it or a mechanism to monitor its compliance.

[42] With respect to torture and cruel and unusual treatment or punishment, the officer quoted a passage from the Supreme Court's decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 124 and 125, to the effect that we should distinguish a state's assurances regarding the death penalty from those regarding torture. She then referred to a press release issued by the United Nations on December 2, 2005, discussing a visit the U.N.'s Special Rapporteur on Torture had made to China. The Special Rapporteur noted that some government authorities tried to obstruct or restrict his attempts at fact-finding, kept him and his team under surveillance, and intimidated alleged victims. According to the report, the Special Rapporteur concluded that the practice of torture, although on the decline, remains widespread in China, and outlined measures the Chinese government

se sert souvent le gouvernement pour faire connaître ses intentions et ses objectifs, nous avons affaire en l'espèce à deux personnes qui ont défrayé la chronique tant au Canada qu'ailleurs dans le monde, ainsi qu'à un document diplomatique qui se veut une garantie que la peine de mort ne sera pas appliquée contre Lai Cheong Sing et Tsang Ming Na et que ceux-ci ne seront pas soumis à la torture.

[. . .]

L'avocat semble vouloir faire un lien entre son opinion au sujet des lacunes relevées dans le droit et la pratique chinois et son avis que la note diplomatique ne suffira pas pour protéger les demandeurs contre la peine de mort ou la torture. Après examen de la preuve, je conclus que le gouvernement est en mesure de garantir que la note diplomatique sera respectée dans son intégralité, en d'autres mots, qu'aucun des demandeurs ne risque d'être condamné à la peine de mort ou d'être exposé au risque d'être soumis à la torture ou à des traitements ou peines cruels et inusités. Je ne suis pas d'accord pour dire que l'absence de mécanisme permettant de vérifier si le gouvernement chinois a respecté les modalités de la note doit être interprétée comme enlevant toute fiabilité à la note elle-même. Compte tenu de la nature et de la forme des assurances diplomatiques, de la correspondance échangée entre les représentants canadiens et les représentants chinois pour définir les modalités des assurances en question et de l'identité des demandeurs, je n'accepte pas l'argument de l'avocat suivant lequel je devrais écarter les assurances diplomatiques en question au motif que leur respect ne peut être garanti si elles ne sont pas assorties d'une sorte de sanction diplomatique ou d'un mécanisme permettant d'en vérifier le respect.

[42] Quant au risque de torture ou de traitements ou peines cruels et inusités, l'agente a cité un extrait de l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 124 et 125, de la Cour suprême du Canada pour expliquer la distinction qu'elle établissait entre les assurances données par l'État au sujet de la peine de mort et celles données au sujet de la torture. Elle a ensuite mentionné un communiqué de presse publié par les Nations Unies le 2 décembre 2005 au sujet de la visite effectuée en Chine par le Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture. Le Rapporteur spécial avait signalé que les autorités gouvernementales avaient tenté d'entraver son travail d'enquête, l'avaient gardé lui et son équipe sous surveillance et avaient intimidé les présumées victimes. Dans son rapport, le Rapporteur spécial expliquait que, bien qu'en déclin, le recours à la

had taken to deal with the problem. He also noted the absence of procedural safeguards in China necessary to make prohibition against torture effective, like excluding evidence if statements were made under torture, and an independent judiciary.

[43] The PRRA officer then considered evidence the Lais submitted regarding the deaths of Lai Shui Qiang, Mr. Lai's brother, and Chen Zan Cheng, Mr. Lai's former accountant. Despite the suspicious nature of their deaths while in prison, she concluded there was no objective evidence linking the deaths to a forward-looking risk to either of the applicants. She found there was insufficient probative evidence that the deaths could be imputed to mistreatment or torture, and that autopsies were either requested and/or refused.

[44] Again, she noted Dr. Cohen's position that because the Lais' case was so well known, China would probably not engage in torture, although, as Dr. Cohen said, he could not be "a guarantor of the indefinite future." The lead investigator in the Xiamen smuggling case also testified before the Board that no coercive techniques were used in their interrogation sessions. The PRRA officer did not find this determinative because no investigators would likely admit to coercion. However, she noted, there was no evidence to the contrary.

[45] The officer concluded the Lais would be protected by their own notoriety. She reviewed testimony from a defence lawyer who assisted two defendants in the Yuan Hua cases in China, an affidavit from Ms. Tsang's sister and the videotaped interview of Mr. Li, the senior bureaucrat who said he had received bribes from Mr. Lai. Despite the "troubling existence of torture used by Ministry of Public Security officials," and "public source information about the use of torture to coerce confessions out of suspects," the officer

torture était encore répandu en Chine, et il faisait état des mesures prises par le gouvernement chinois pour résoudre le problème. Il constatait également qu'il n'existait en Chine aucune des garanties procédurales nécessaires pour rendre efficace l'interdiction de la torture, par exemple en déclarant inadmissibles les éléments de preuve obtenus sous la torture, et pour garantir l'indépendance de la magistrature.

[43] L'agente d'ERAR a ensuite examiné les éléments de preuve soumis par les Lai au sujet de la mort de Lai Shui Qiang, le frère de M. Lai, et de Chen Zan Cheng, l'ancien comptable de M. Lai. Malgré le caractère douteux de ces décès survenus en prison, elle a conclu qu'il n'existait pas de preuves objectives établissant un lien entre ces décès et le risque auquel serait exposé l'un ou l'autres des demandeurs à l'avenir. Elle a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve probants pour conclure que ces décès pouvaient être imputés à de mauvais traitements ou à de la torture ou qu'une autopsie avait été demandée et/ou refusée.

[44] Elle a rappelé la position de M. Cohen suivant laquelle, en raison de la large publicité dont a fait l'objet le cas des Lai, la Chine ne les soumettrait probablement pas à la torture et ce, même si, pour reprendre les paroles de M. Cohen, [TRADUCTION] « le passé ne peut être garant de l'avenir ». L'enquêteur en chef chargé d'enquêter sur l'affaire de la contrebande de Xiamen a également témoigné devant la Commission qu'aucune coercition n'avait été exercée lors des interrogatoires. L'agente d'ERAR n'a pas considéré cette affirmation comme décisive, estimant que, aucun enquêteur n'admettrait avoir eu recours à des mesures de coercition. Elle a toutefois relevé qu'aucun élément de preuve contraire n'avait été présenté.

[45] L'agente a conclu que les Lai seraient protégés par leur propre notoriété. Elle a passé en revue le témoignage d'un avocat de la défense qui avait représenté deux accusés dans l'affaire de Yuan Hua en Chine, un affidavit souscrit par la sœur de M<sup>me</sup> Tsang, ainsi qu'une entrevue enregistrée sur bande vidéo de M. Li, le haut fonctionnaire qui avait reconnu avoir reçu des pots-de-vin de M. Lai. En dépit de [TRADUCTION] « l'existence troublante de la torture utilisée par des fonctionnaires du ministère de la Sécurité publique » et

decided to put her confidence in the diplomatic assurances against invoking the death penalty and resorting to torture.

[46] With respect to the right to a fair trial and the rule of law, the PRRA officer acknowledged the problems with China's justice system. Many aspects of its procedures fall short of international standards, including the fact that a prosecutor can decide to arrest a suspect pending investigation without hearing the suspect, and the fact that under Article 306 of the *Criminal Law of the People's Republic of China*, lawyers can be imprisoned for coercing a witness or enticing him to change testimony in defiance of the "facts," as determined by the state. On the other hand, there is documentary evidence showing the Chinese government has permitted and even encouraged public critiques of its legal system.

[47] The officer also looked at the records from Mr. Li's trial in China and noted that while he confessed to taking money from Mr. Lai, the Court did not accept a second charge of bribery, finding insufficient evidence to prove this allegation. In other cases, people who were originally sentenced to death or to death with a two-year postponement had their sentences commuted to a lesser punishment. Mr. Li also testified that he had been given an open trial, was entitled to a defence lawyer, and was able to meet with his lawyer several times before trial. All of this evidence led the PRRA officer to conclude the Lais would receive a fair trial in China. As she stated, at page 41 of her reasons:

Counsel lists all the factors that he says cumulatively lead one to the conclusion that the applicants cannot get a fair trial in China. Among the factors he states are lacking in China's judicial system: right to a public hearing, competent, independent and impartial tribunal, the entrenchment of the presumption of innocence, adequate time and facilities for

[TRADUCTION] « des renseignements émanant de sources publiques portant sur le recours à la torture pour soutirer des aveux aux suspects », l'agente a décidé de faire confiance aux assurances diplomatiques données au sujet de la promesse de ne pas appliquer la peine de mort et de ne pas recourir à la torture.

[46] S'agissant du droit à un procès équitable et du respect du principe de la primauté du droit, l'agente d'ERAR a reconnu que le système judiciaire chinois n'était pas exempt de problèmes. De nombreux aspects de sa procédure ne satisfont pas aux normes internationales. Ainsi, le ministère public peut décider d'arrêter un suspect au cours de l'enquête sans l'avoir d'abord entendu. Par ailleurs, aux termes de l'article 306 du Code pénal chinois [*Criminal Law of the People's Republic of China*], un avocat peut être incarcéré pour avoir contraint ou incité un témoin à modifier son témoignage au mépris des « faits » constatés par l'État. En revanche, il existe des éléments de preuve documentaire selon lesquels le gouvernement chinois a permis et même encouragé la critique publique de son système juridique.

[47] L'agente a également examiné les dossiers relatifs au procès de M. Li en Chine. Elle a constaté que, malgré le fait qu'il avait avoué avoir extorqué de l'argent à M. Lai, le tribunal n'avait pas accepté une seconde accusation de corruption, estimant que la preuve était insuffisante pour établir cette allégation. Dans d'autres cas, des individus qui avaient d'abord été condamnés à mort ou dont l'exécution de la peine de mort avait été reportée de deux ans avaient vu leur peine commuée en une peine plus légère. M. Li a également témoigné qu'il a bénéficié d'un procès public, qu'il a eu le droit de se faire représenter par un avocat de la défense et qu'il a pu rencontrer son avocat à plusieurs reprises avant le procès. Tous ces éléments de preuve ont amené l'agente d'ERAR à conclure que les Lai bénéficieraient d'un procès équitable en Chine. Comme elle l'a déclaré, à la page 41 de ses motifs :

[TRADUCTION] L'avocat énumère tous les facteurs dont l'accumulation amène à conclure, à son avis, que les demandeurs ne pourraient bénéficier d'un procès équitable en Chine. Voici quelques-uns des droits qui, selon lui, ne sont pas reconnus dans le système judiciaire chinois : droit à une audience publique par un tribunal compétent, indépendant et

defence, the right to counsel and to have counsel of choice, the right of an accused to be tried in his or her presence, the right to examine witnesses, the right to silence. I find that counsel for the applicant overstates and draws unreasonable inferences from the evidence he presents, in a bid to demonstrate that the applicants will face conviction without doubt, in a predetermined verdict. Without negating the indeed serious shortcomings in the Chinese judicial system, I find, on a balance of probabilities, that the applicants have not demonstrated that return to China to face possible charges of smuggling, bribery, and tax evasion, will put them at a risk to life, a risk of torture, or a risk of cruel and unusual treatment or punishment. Counsel for the applicant indicts the entire judicial system of China, noting its flaws in process, the constraints on judicial independence, the potential for threats to be made on any counsel who take on the defence of cases adjudged to be serious or politically tinged, the high conviction rate and the use of capital punishment on economic crimes. However, the specific and fact-based evidence before me does not suggest that others charged in the smuggling case were not afforded, in the main, due process, and a fair trial, nor do I have any probative evidence before me to find that those convicted in the Yuan Hua smuggling case were convicted unfairly, or were coerced into confessing, or were denied legal counsel.

[48] The officer also commented on the imbroglia surrounding an unsigned affidavit that was allegedly based on comments that Ms. Tao Mi, one of Mr. Lai's former employees, made to a Canadian lawyer and his secretary in China several days before the Board hearing closed. The document was a recantation of Tao Mi's previous statements implicating Mr. Lai in the smuggling and bribery scheme for which he is now sought. Tao Mi was supposed to sign the unsworn affidavit, but that never occurred. The Board admitted the document as an exhibit to the Canadian lawyer's affidavit, but declined to have the lawyer testify himself.

impartial, reconnaissance de la présomption d'innocence, droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, droit de consulter un avocat et droit à l'assistance d'un avocat de son choix, droit de l'accusé d'être présent à son procès, droit d'interroger les témoins, droit au silence. J'estime que l'avocat du demandeur exagère et tire des inférences abusives de la preuve qu'il présente, dans le but de démontrer que les demandeurs seront certainement condamnés et que le verdict est déjà arrêté. Sans nier les lacunes effectivement graves dont souffre le système judiciaire chinois, j'estime, selon la prépondérance des probabilités, que les demandeurs n'ont pas établi que, s'ils devaient retourner en Chine pour répondre à d'éventuelles accusations de contrebande, de corruption et d'évasion fiscale, ils seraient exposés à une menace à leur vie ou au risque d'être soumis à un risque de torture ou à des peines ou traitements cruels et inusités. L'avocat du demandeur dénonce tout le système judiciaire chinois, signalant les lacunes de la procédure, les contraintes imposées à l'indépendance des juges, le risque de menaces qui pèse sur tout avocat qui assure la défense d'accusés dans les affaires considérées comme graves ou à connotation politique, le taux élevé de condamnation et le recours à la peine capitale pour des crimes économiques. Toutefois, les éléments de preuve précis fondés sur les faits qui ont été portés à ma connaissance ne permettent pas de penser que les autres personnes qui ont été accusées dans le cadre de l'affaire de la contrebande n'ont pas bénéficié, dans l'ensemble, de l'application régulière de la loi et d'un procès équitable, et je ne dispose par ailleurs d'aucune preuve probante qui me permette de penser que les individus qui ont été reconnus coupables dans le cadre de l'affaire de contrebande de Yuan Hua ont été injustement condamnés, qu'on leur a extorqué des aveux sous la contrainte ou que leur droit de consulter un avocat a été bafoué.

[48] L'agente a également formulé quelques observations au sujet de l'imbroglia entourant un affidavit non signé qui était supposément fondé sur des propos qu'auraient tenus M<sup>me</sup> Tao Mi, l'une des ex-employées de M. Lai, à un avocat canadien et à sa secrétaire, en Chine, quelques jours avant la clôture de l'audience de la Commission. Ce document était une rétractation des déclarations antérieures selon lesquelles M<sup>me</sup> Tao Mi aurait impliqué M. Lai dans les manœuvres de contrebande et de corruption pour lesquelles il est maintenant recherché. Tao Mi était censée signer l'affidavit, qui n'avait pas été fait sous serment, mais elle ne l'a jamais fait. La Commission a admis le document en preuve, à titre d'annexe à l'affidavit de l'avocat canadien, mais a refusé de permettre à l'avocat de témoigner lui-même.

[49] After the Board's hearing, however, an RCMP officer arranged to interview Tao Mi at the Canadian Consulate in Shanghai. A Chinese security officer, from an agency which might have detained and interrogated Tao Mi earlier, was present. Absent was counsel for the Lais, who were not notified about the interview. When asked if she spoke with a Canadian lawyer in China about Lai Cheong Sing, Tao Mi said no. She also said that when investigated by the 4-20 investigation team, she was treated with respect and never threatened. Commenting on this incident, Justice MacKay described it as "an extraordinary undertaking, unfair in its process, and ultimately unnecessary" (*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 179, at paragraph 21).

[50] The PRRA officer decided this evidence was inconclusive. She found it problematic that Tao Mi would dictate the statement to the Canadian lawyer but not sign it. She also noted that neither the lawyer nor his secretary could testify that the person they interviewed was actually Tao Mi. There was simply no proof of her identity.

[51] Finally, the PRRA officer considered counsel's submission that Ms. Tsang would be at risk in China because of her mental problems. The officer cited an article published in the *Yale-China Health Journal*, claiming China's standard of psychiatric treatment was adequate compared to other developing countries and was showing signs of improvement. She also referred to the U.S. Department of State's *Country Report on Human Rights Practices for 2005*, which reported incidents where patients were forcibly given medicine and subjected to electric shock treatment. She reviewed two hospital reports and a doctor's letter indicating Ms. Tsang suffered from generalized anxiety disorder. On the basis of that evidence, the officer concluded Ms. Tsang did suffer from anxiety but would not be singled out for mistreatment because of her psychological condition. Nor did she fit into a particular social group, i.e. those with mental illnesses.

[49] Cependant, après l'audience de la Commission, un agent de la GRC a organisé l'interrogatoire de Tao Mi au consulat du Canada à Shanghai. Cet interrogatoire s'est tenu en présence d'un agent de sécurité chinois lié à l'agence qui aurait pu avoir détenu et interrogé Tao Mi auparavant. L'avocat des Lai n'était pas présent, car il n'avait pas été avisé de cette entrevue. Interrogée à savoir si elle avait parlé avec un avocat canadien en Chine au sujet de Lai Cheong Sing, M<sup>me</sup> Tao Mi a répondu par la négative. Elle a ajouté que les enquêteurs de l'équipe 4-20 l'avait traitée avec respect et ne l'avait jamais menacée. Le juge MacKay a qualifié cet interrogatoire d'« initiative extraordinaire ne respectant pas l'équité [qui] [d]e plus, [. . .] s'est avérée ne pas être nécessaire » (*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 179, au paragraphe 21).

[50] L'agente d'ERAR a estimé que ces éléments de preuve n'étaient pas concluants. Elle a expliqué qu'elle trouvait problématique que Tao Mi dicte sa déclaration à un avocat canadien mais ne la signe pas. Elle a également signalé que ni l'avocat, ni sa secrétaire ne pouvaient affirmer que la personne qu'ils avaient interrogée était effectivement Tao Mi. Il n'y avait tout simplement aucune preuve de son identité.

[51] Enfin, l'agente d'ERAR s'est penchée sur l'argument de l'avocat suivant lequel M<sup>me</sup> Tsang serait exposée à un risque en Chine en raison de ses problèmes de santé mentale. L'agente a cité un article publié dans le *Yale-China Health Journal* suivant lequel les normes suivies en Chine en matière de soins psychiatriques se comparaient à celles des autres pays en voie de développement et qu'on pouvait constater des améliorations. Elle a également cité le Rapport du Département d'État des États-Unis sur la situation des droits de la personne en 2005 (*Country Report on Human Rights Practices for 2005*), qui faisait état d'incidents au cours desquels on avait forcé des patients à prendre des médicaments et à qui on avait administré des chocs électriques. Elle a examiné deux rapports d'hôpitaux ainsi qu'une lettre dans laquelle un médecin déclarait que M<sup>me</sup> Tsang souffrait de troubles anxieux généralisés. Vu ces éléments de preuve, l'agente a conclu que M<sup>me</sup> Tsang souffrait effectivement d'anxiété, mais qu'on ne pouvait conclure qu'on s'en était pris particulièrement à elle en lui infligeant de mauvais

[52] On the basis of all the foregoing, the PRRA officer concluded the Lais were not at risk if returned to the People's Republic of China. She wrote, in the last paragraph of her reasons:

I have reviewed all of the evidence before me, listed below in the Sources Consulted section. I do not find that the applicants are being sought by the Chinese authorities due to political motivations, but rather that the government's interest in the applicants arises out of allegations and evidence that they are suspected of engaging in criminal activity. It is my finding that the return of the applicants to China is neither an act that would shock the conscience of Canadians nor be a breach of fundamental justice nor bring them within any of the risks encapsulated in either section 97(1)(a) or (b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

## ISSUES

[53] The applicants have raised a number of issues. Some are of a substantive nature and therefore subject to the appropriate standard of review. Other issues are of a procedural character. In addition, counsel for the applicants has filed a notice of constitutional questions, whereby he raised two issues closely related to some of his administrative law arguments. He did not, however, deal with any of the constitutional issues in either his oral or written submissions, and so I will not address them in these reasons. The Minister, on the other hand, says the only issue in this case is whether, based on the evidence before her, the officer's decision rejecting the applicants' PRRA was reasonable. Despite the fact that counsel for the respondent looked at the case from a different angle, she did respond to all of the issues the applicants raised.

[54] The issues can therefore be framed in the following way:

traitements en raison de son état psychologique. Elle n'appartenait pas non plus à un groupe social déterminé, en l'occurrence les personnes atteintes de maladie mentale.

[52] Vu tout ce qui précède, l'agente d'ERAR a conclu que les Lai n'étaient exposés à aucun risque s'ils retournaient en République populaire de Chine. Voici ce qu'elle écrit, au dernier paragraphe de ses motifs :

[TRADUCTION]Après avoir examiné tous les éléments de preuve qui m'ont été soumis et qui sont énumérés plus loin dans la section des sources consultées, je conclus que les demandeurs ne sont pas recherchés par les autorités chinoises pour des raisons d'ordre politique. J'estime plutôt que l'intérêt manifesté par le gouvernement à l'égard des demandeurs s'explique par les allégations et les éléments de preuve suivant lesquels ils sont soupçonnés de s'être livrés à des activités criminelles. Je conclus que le retour des demandeurs en Chine ne saurait être qualifié de mesure qui choquerait la conscience des Canadiens. J'estime qu'une telle mesure ne constitue pas un manquement aux principes de justice fondamentale et je suis d'avis qu'elle ne les exposerait à aucun des risques visés aux alinéas 97(1)a) et b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

## QUESTIONS EN LITIGE

[53] Les demandeurs ont soulevé plusieurs questions. Certaines ont trait au fond et sont par conséquent assujetties à la norme de contrôle appropriée. D'autres sont de nature procédurale. De surcroît, l'avocat des demandeurs a déposé un avis de questions constitutionnelles par lequel il soulève deux questions qui sont étroitement liées à certains de ces arguments de droit administratif. Il n'a cependant traité aucune des questions constitutionnelles dans sa plaidoirie ou dans ses observations écrites. Je ne vais donc pas les aborder dans les présents motifs. Le ministre, en revanche, affirme que la seule question en litige dans la présente affaire est celle de savoir si, compte tenu de la preuve dont elle disposait, l'agente a rendu une décision raisonnable en rejetant la demande d'ERAR des demandeurs. Malgré le fait que l'avocate de la défenderesse envisage l'affaire sous un angle différent, elle n'a pas répondu à toutes les questions soulevées par les demandeurs.

[54] On peut donc formuler de la façon suivante les questions en litige :



- (a) Does the Minister's PRRA decision raise a reasonable apprehension of bias?
- (b) Did the PRRA officer violate the regulatory requirement not to make adverse credibility findings central to the decision without a hearing?
- (c) Did the PRRA officer err in concluding the diplomatic assurance from China regarding the death penalty encompasses a conditional death sentence?
- (d) Does the Supreme Court decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, providing for separate assessment of a foreign state's assurance to avoid torture of returned nationals apply where there is some evidence of generalized resort to torture in the foreign state, or only where there is evidence reasonably indicating resort to torture in similar cases?
- (e) Did the PRRA officer err in concluding the diplomatic assurances from China on torture are reliable, in the absence of any mechanism providing for verification of compliance?
- (f) Did the PRRA officer err by making no finding about whether the applicants would receive a fair trial in China?
- (g) Did the PRRA officer err in using the concept of a law of general application to determine whether the conviction of Tsang Ming Na's relatives for transferring money to the applicants was acceptable?
- a) La décision d'ERAR du ministre suscite-t-elle une crainte raisonnable de partialité?
- b) L'agente d'ERAR a-t-elle violé l'obligation réglementaire qui lui interdisait de tirer des conclusions défavorables au sujet de la crédibilité sans avoir tenu une audience?
- c) L'agente d'ERAR a-t-elle commis une erreur en concluant que les assurances diplomatiques données par la Chine au sujet de la peine de mort visaient aussi les peines de mort conditionnelles?
- d) L'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, dans lequel la Cour suprême prévoit l'évaluation distincte des assurances données par un État étranger pour éviter que ses ressortissants ne soient soumis à la torture à leur retour, s'applique-t-il lorsqu'il y a certains éléments de preuve démontrant un recours généralisé à la torture dans l'État étranger en question ou ne s'applique-t-il que lorsqu'il existe des éléments de preuve indiquant raisonnablement un recours à la torture dans des cas semblables?
- e) L'agente d'ERAR a-t-elle commis une erreur en concluant que les assurances diplomatiques de la Chine au sujet de la torture sont fiables malgré le défaut de mécanisme permettant d'en vérifier le respect?
- f) L'agente d'ERAR a-t-elle commis une erreur en ne tirant pas de conclusion sur la question de savoir si les demandeurs bénéficieraient d'un procès équitable en Chine?
- g) L'agente d'ERAR a-t-elle commis une erreur en recourant au concept de la loi d'application générale pour décider si la condamnation des proches de Tsang Ming Na à la suite de leur transfert d'argent aux demandeurs était acceptable?

[55] As to the applicable standard of review, I shall deal with it as I go through the analysis of the last five issues. It is by now settled law that when considered globally and as a whole, a PRRA decision must be reviewed against a standard of reasonableness (*Figurado v. Canada (Solicitor General)*, [2005] 4

[55] Pour ce qui est de la question de la norme de contrôle applicable, j'y reviendrai lors de mon examen des cinq derniers points litigieux. Il est de jurisprudence constante que, lorsqu'une décision ERAR est examinée dans sa totalité, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable (*Figurado c. Canada*

F.C.R. 387 (F.C.)). Nevertheless, the standard must be adjusted in accordance with the particular issue that is being considered. As Justice Richard Mosley determined in *Kim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 30 Admin. L.R. (4th) 131 (F.C.), questions of fact must be reviewed against a standard of patent unreasonableness, questions of mixed fact and law are subject to a standard of reasonableness, and questions of law must be assessed in accordance with a standard of correctness. Needless to say, there is no need to go through a standard of review analysis with respect to the first two issues. When procedural fairness is at stake, the Court must determine whether the procedure followed was fair or not: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392 (F.C.A.); *Chir v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2006 FC 765.

## ANALYSIS

### (a) Reasonable apprehension of bias

[56] The Lais submit there are three facts which give rise to a reasonable apprehension of bias. First and foremost, they argue the Minister has already determined the diplomatic note from the Chinese authorities is satisfactory because of the Minister's submissions to the Board during the Lais' refugee hearing. By advocating that the Board treat the note as reliable, the Lais argue the Minister was implicitly assessing risk since the note covers the same three risks to be determined under section 97 of the IRPA. The Minister, through her delegate, should not have been asked to make exactly the same decision in the context of a PRRA. Indeed, counsel was of the view that the PRRA officer came to the same conclusion as the Minister's representative in the Board hearings—that the assurances were reliable—for the same reasons.

[57] Counsel for the applicants referred me to a number of sections in the IRPA identifying the Minister

(*Solliciteur général*), [2005] 4 R.C.F. 387 (C.F.)). Quoi qu'il en soit, il faut ajuster la norme en fonction de la question précise à l'examen. Comme l'a expliqué le juge Richard Mosley dans le jugement *Kim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 437, dans le cadre du contrôle judiciaire des décisions relatives à l'ERAR, la norme de contrôle applicable aux questions de fait est celle de la décision manifestement déraisonnable; la norme applicable aux questions mixtes de fait et de droit, celle de la décision raisonnable, et la norme applicable aux questions de droit, celle de la décision correcte. Il va de soi qu'en l'espèce, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse de la norme de contrôle pour ce qui est des deux premières questions en litige. Lorsque l'équité procédurale est en cause, la Cour doit décider si la procédure suivie était équitable ou non (*Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392 (C.A.F.); *Chir c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 765).

## ANALYSE

### a) Crainte raisonnable de partialité

[56] Les Lai avancent trois faits qui suscitent une crainte raisonnable de partialité. Ils soutiennent d'abord et avant tout qu'il ressort des observations que le ministre a formulées devant la Commission au cours de l'audience concernant leur statut de réfugié qu'il avait déjà décidé que la note diplomatique émanant des autorités chinoises était satisfaisante. Les Lai prétendent qu'en exhortant la Commission à considérer la note comme fiable, le ministre se livrait implicitement à une évaluation des risques, étant donné que la note en question vise précisément les trois risques qui doivent être examinés aux termes de l'article 97 de la LIPR. Le ministre n'aurait pas dû être appelé à prendre exactement la même décision dans le contexte d'un ERAR par l'entremise de son délégué. D'ailleurs, l'avocat s'est dit d'avis que l'agente d'ERAR en était arrivée à la même conclusion que celle à laquelle le représentant du ministre en était venu lors des audiences de la Commission, en l'occurrence que les assurances étaient fiables et ce, pour les mêmes raisons.

[57] L'avocat des demandeurs m'a cité plusieurs articles de la LIPR dans lesquels le ministre est désigné

as the person responsible for the PRRA (subsection 112(1), paragraph 113(b), subsections 114(2) and (3)). This would tend to show that the PRRA decision is that of the Minister, not of someone independent from her. Statutorily, the decision is the Minister's. Someone who is not the Minister can make that decision, so goes the argument, only if that person is the Minister's voice.

[58] What compounds the problem and makes this case special, according to the applicants, is that the Board did not look at the risks identified in section 97 because the IRPA had not yet been enacted. This is why the PRRA officer in this case looked at both new and old evidence. Ordinarily, a PRRA officer will only look at new evidence. Had the IRPA been enacted when the Board decided the Lais' application, it would have evaluated the evidence under both sections 96 and 97. If that was the case, the Minister's submissions to the Board would not have mattered for the purposes of a PRRA because those submissions would be "old" evidence—i.e. they would only relate to evidence the Board had already assessed.

[59] Before going into the merits of that submission, I would reiterate that the Minister of Citizenship and Immigration no longer has the dual authority to appear before the Board and also decide risk assessments (now PRRAs, but formerly PDRCC applications). Its intervention authority to appear at Board hearings was transferred to the Canada Border Services Agency in 2003.

[60] According to the Lais, there are two other factors that give rise to a reasonable apprehension of bias. The first has to do with the genesis of the diplomatic note. Even if we were to accept that the note was spontaneously generated by Chinese authorities, they say, the Canadian government sought clarifications and

comme la personne chargée de procéder à l'ERAR (paragraphe 112(1), 114(2), 114(3) et alinéa 113b)), ce qui tendrait à démontrer que la décision prise à l'issue de l'ERAR est celle du ministre et non celle d'une personne qui est indépendante de lui. Selon la loi, c'est le ministre qui prend la décision. Suivant l'argument des demandeurs, quelqu'un d'autre que le ministre peut prendre cette décision, mais uniquement en tant que porte-parole du ministre.

[58] Suivant les demandeurs, ce qui complique le problème et confère un caractère spécial à la présente affaire est le fait que la Commission n'a pas examiné les risques énumérés à l'article 97 parce que la LIPR n'était pas encore en vigueur. C'est la raison pour laquelle, dans la présente affaire, l'agente d'ERAR a examiné à la fois d'anciens et de nouveaux éléments de preuve. Habituellement, l'agent d'ERAR ne tient compte que de nouveaux éléments de preuve. Si la LIPR avait été en vigueur lorsque la Commission a tranché la demande des Lai, l'agente aurait évalué la preuve tant en vertu de l'article 96 qu'en fonction de l'article 97. Si tel avait été le cas, les observations que le ministre a formulées devant la Commission n'auraient pas été importantes pour ce qui est de l'ERAR, parce que ces observations auraient été considérées comme d'« anciens » éléments de preuve qui ne se seraient donc rapportés qu'à des éléments de preuve déjà évalués par la Commission.

[59] Avant d'examiner le bien-fondé de cet argument, je tiens à rappeler que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration n'est plus investi du double pouvoir de comparaître devant la Commission et de se prononcer sur l'évaluation des risques (ce qu'on appelle maintenant l'ERAR, mais qui s'appelait auparavant examen en matière de droit d'établissement des demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (DNRSRC)). Son pouvoir d'intervention au cours des audiences de la Commission a été transféré à l'Agence des services frontaliers du Canada en 2003.

[60] Suivant les Lai, il y a deux autres facteurs qui suscitent une crainte raisonnable de partialité. Le premier concerne la genèse de la note diplomatique. Ils expliquent que, même si je devais accepter que la note a été spontanément générée par les autorités chinoises, le gouvernement canadien a demandé des éclaircisse-

additional assurances, which were reflected in the final version of the note. In seeking these additional guarantees, the Lais claim the Canadian government was expressing a legal opinion. That is, they requested these clarifications because they believed they were required under Canadian law.

[61] Finally, the Lais submit that the Canadian government values its relations with the government of China more highly than fairness to them, as evidenced by the government's interrogation of Tao Mi in Shanghai in December, 2001. Not only was a Chinese official present, but the official was never cautioned about holding that interview in confidence. Moreover, the Lais' lawyer was not given prior notice of that interrogation. Relying on Justice MacKay's criticisms of this process, to which I referred at paragraph 49 of this decision, the Lais claim this behaviour has also created a reasonable apprehension of bias.

[62] The Lais have suggested two solutions. First, they say this Court should order a trial to deal with the PRRA application itself. While acknowledging that this would be outside the statutory scheme, Mr. Matas suggested that section 24 of the Charter gives this Court jurisdiction to fashion such a remedy to the extent that there is a violation of section 7 of the Charter. Alternatively, counsel proposed that a commission of inquiry be established under the authority of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, to deal with this particular PRRA application.

[63] There is no doubt that the independence of the judiciary and the impartiality of its members are the cornerstones of our judicial system and essential characteristics of a state governed by the rule of law. The test for bias was set out by the Federal Court of Appeal and approved by the Supreme Court of Canada in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394 (*Committee for Justice and Liberty*): "what would an informed person, viewing the matter realistically and

ments et des assurances additionnelles, dont il a été tenu compte dans la version définitive de la note. Les Lai affirment qu'en réclamant ces garanties supplémentaires, le gouvernement canadien exprimait un avis juridique. Autrement dit, le gouvernement canadien a réclamé ces éclaircissements parce qu'il croyait que la loi canadienne l'exigeait.

[61] Les Lai soutiennent enfin que le gouvernement canadien se soucie davantage d'entretenir de bonnes relations avec le gouvernement de la Chine que de traiter les Lai de façon équitable, comme en fait foi l'interrogatoire que Tao Mi a subi à Shanghai en décembre 2001. Non seulement un fonctionnaire chinois était-il présent, mais ce fonctionnaire n'a jamais été prévenu qu'il devait respecter le caractère confidentiel de cette entrevue. De plus, l'avocat des Lai n'a jamais reçu de préavis de cet interrogatoire. Se fondant sur les critiques formulées par le juge MacKay au sujet de cette façon de procéder, critiques que je cite au paragraphe 49 de la présente décision, les Lai affirment que ces agissements suscitent également une crainte raisonnable de partialité.

[62] Les Lai proposent deux solutions. Premièrement, ils affirment que la Cour devrait ordonner la tenue d'un procès portant spécifiquement sur la demande d'ERAR. Tout en reconnaissant qu'une telle mesure déborde le cadre de la loi, M<sup>e</sup> Matas avance l'idée que l'article 24 de la Charte confère à notre Cour la compétence pour accorder une telle réparation dès lors qu'elle constate une violation de l'article 7 de la Charte. À titre subsidiaire, l'avocat propose qu'une commission d'enquête soit établie sous le régime de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, pour examiner cette demande d'ERAR particulière.

[63] Il n'y a aucun doute que l'indépendance de la magistrature et l'impartialité de ses membres sont la pierre angulaire de notre système judiciaire, en plus de constituer des caractéristiques essentielles de tout État de droit. Le critère permettant de déterminer s'il y a partialité a été énoncé par la Cour d'appel fédérale et a été approuvé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'Énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394 (*Committee for Justice and Liberty*) :

practically—and having thought the matter through—conclude.”

[64] Because an allegation of bias is of such momentous importance, the grounds to establish such an apprehension must be substantial and must rest on something more than pure speculation or conjecture: *Committee for Justice and Liberty*, above, at pages 394-395; *Arthur v. Canada (Attorney General)* (2001), 283 N.R. 346 (F.C.A.), at paragraph 8. In the present case, I have not understood counsel’s submission to be that the PRRA officer was personally biased. What we are dealing with here is an allegation of institutional bias, which would have arisen in all the cases decided while the Minister of Citizenship and Immigration had overlapping statutory “intervention” and “protection” authority during the transition period following the IRPA’s enactment. During that time, the Minister had the power to intervene at Board hearings and the power to protect by deciding PRRA applications.

[65] I am prepared to accept, based on the evidence before me, that the Chinese ambassador to Canada initiated the discussions with the Canadian government regarding the assurances Canada expected if Mr. Lai was to be returned to China. I fail to see how the further assurances and clarifications Canada sought, in light of its understanding of Canadian law and especially of the Supreme Court’s decision in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, could have had any impact on the PRRA officer’s decision. A fully informed person, who knows the PRRA officer made the first section 97 risk finding in Mr. Lai’s case in 2006, five years after the assurances were given, would not find a reasonable apprehension of bias based on the historical communications that resulted in the diplomatic note. Not only could the Canadian officials’ views have no bearing on the PRRA officer, a point to which I shall return shortly, but these views were also supplemented with a good deal of more recent documentary evidence about Chinese diplomatic assurances.

« à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ».

[64] En raison de l’importance capitale que revêt une accusation de partialité, les raisons justifiant une crainte de cette nature doivent être solides et ne sauraient s’appuyer sur de simples hypothèses ou conjectures (*Committee for Justice and Liberty*, précité, aux pages 394 et 395; *Arthur c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 223, au paragraphe 8). En l’espèce, je ne crois pas que l’avocat affirme que l’agente d’ERAR avait un parti pris personnel. Nous avons affaire ici à une allégation de partialité institutionnelle, qui entacherait tous les cas qui ont été jugés alors que le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration avait le double pouvoir d’« intervention » et de « protection » au cours de la période de transition ayant suivi l’entrée en vigueur de la LIPR. À l’époque, le ministre avait le pouvoir d’intervenir au cours des audiences de la Commission, ainsi que le pouvoir de trancher les demandes d’ERAR.

[65] Je suis disposé à accepter, compte tenu de l’ensemble des éléments de preuve qui ont été portés à ma connaissance, que l’ambassadeur de la Chine au Canada a entamé des pourparlers avec le gouvernement canadien au sujet des assurances que le Canada s’attendait à recevoir si M. Lai devait retourner en Chine. Je ne vois pas comment les assurances et les éclaircissements supplémentaires réclamés par le Canada auraient pu influencer la décision de l’agente d’ERAR, compte tenu de son interprétation du droit canadien et, plus particulièrement, de l’arrêt de la Cour suprême *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283. La personne bien renseignée qui sait que l’agente d’ERAR a tiré, en vertu de l’article 97, la première conclusion concernant les risques auxquels seraient exposés les Lai en 2006, cinq ans après que les assurances en question eurent été données, ne conclurait pas à l’existence d’une crainte raisonnable de partialité sur le fondement des communications historiques ayant abouti à la rédaction de la note diplomatique. Non seulement l’opinion des fonctionnaires canadiens ne pouvait avoir aucune incidence sur la décision de l’agente d’ERAR—un aspect sur lequel je reviendrai sous peu—, mais leur opinion a été confirmée par une quantité appréciable

[66] I am a little bit more troubled by the way Canadian officials interrogated Tao Mi in Shanghai. Like my colleague Justice MacKay, I think this way of proceeding was most inappropriate, to say the least. And it is certainly no defence to argue, like counsel for the Minister did, that Tao Mi's interrogation statement was fully voluntary and simply confirmed what she had said in her original testimony. What else could be expected, with a Chinese state official present in the room? Even if she was tortured or coerced into making false accusations in her first statement, the circumstances of the interrogation made it virtually impossible to discuss. That being said, I do not think that an informed person, viewing the matter realistically and practically, would use this event to draw a negative conclusion about the PRRA officer's impartiality. Indeed, the reason she assigned little weight to Tao Mi's purported recantation was not because of anything she said in her interrogation at the Canadian Consulate. Rather, the officer concluded there was insufficient direct and convincing evidence to corroborate that Tao Mi did in fact meet with the Canadian lawyer and did retract statements she made implicating the Lais of smuggling.

[67] The Lais' basic argument is that the PRRA officer could not assess the diplomatic note independently because she had to restrict her findings to whatever counsel for the Minister had submitted to the Board in 2001. I find this argument unpersuasive for a number of reasons.

[68] It is by now well established that ministers are not expected to personally exercise all the powers endowed to them by Parliament. A power to delegate is usually implicit in a legislative scheme empowering a

d'éléments de preuve documentaire plus récents, portant sur les assurances diplomatiques chinoises en question.

[66] Je suis un peu plus troublé par la façon dont les fonctionnaires canadiens ont interrogé Tao Mi à Shanghai. À l'instar de mon collègue le juge MacKay, j'estime que cette façon de procéder était pour le moins fort déplacée. Et ce n'est certainement pas justifié d'alléger, et on ne saurait certes exciper, comme l'avocate du ministre l'a fait, que les déclarations faites par Tao Mi lors de son interrogatoire étaient pleinement volontaires et qu'elles confirmaient simplement ce qu'elle avait déjà dit dans son témoignage. À quoi d'autre pouvait-on s'attendre compte tenu de la présence d'un fonctionnaire de l'État chinois dans la pièce? Même en supposant qu'elle avait été torturée ou forcée de faire de fausses accusations dans sa première déclaration, les conditions dans lesquelles son interrogatoire s'est déroulé rendaient pratiquement impossible toute discussion. Ceci étant dit, je ne crois pas qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question, de façon réaliste et pratique, se servirait de ce fait pour tirer une conclusion défavorable au sujet de l'impartialité de l'agente chargée de procéder à l'examen des risques avant renvoi. D'ailleurs, la raison pour laquelle l'agente a accordé peu de poids à la présumée rétractation de Tao Mi n'avait rien à voir avec les propos que cette dernière avait tenus lors de son interrogatoire au consulat canadien. L'agente a plutôt conclu qu'elle ne disposait pas suffisamment d'éléments de preuve directs et convaincants pour corroborer que Tao Mi avait effectivement rencontré l'avocat canadien et était effectivement revenue sur les déclarations qu'elle avait faites et qui impliquaient les Lai dans l'affaire de la contrebande.

[67] L'argument de base des Lai est que l'agente d'ERAR ne pouvait évaluer la note diplomatique de façon impartiale parce qu'elle devait limiter ses conclusions à ce que l'avocate du ministre avait déclaré devant la Commission en 2001. Cet argument ne me convainc pas, pour plusieurs raisons.

[68] Il est de jurisprudence constante que l'on ne s'attend pas à ce que les ministres exercent personnellement tous les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. Habituellement, le régime législatif qui définit les

minister to act: *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238. This authority to delegate has been spelled out explicitly in the IRPA, of which subsection 6(2) provides that anything the Minister may do under the Act may be delegated in writing. The Minister has done so with respect to her authority under section 112 to decide PRRA applications (Delegation Instrument, December 12, 2005, Item 52).

[69] While the notion that a department's civil servants speak with one voice and are essentially the Minister's mouthpiece may have held true in a distant past, it is highly unrealistic in today's complex and multi-faceted reality. Modern-day governmental departments are huge organizations, with thousands of employees assigned to varied and numerous functions. While any given minister of the Crown still retains the ultimate responsibility for his department's policies and practices, no one expects him to oversee every decision falling within every single mandate comprising his portfolio. In carrying out their day-to-day responsibilities, officials of one particular unit are not necessarily bound by decisions made by other officials in a different context. As the PRRA officer aptly put it at page 4 of her decision, it would be "a reductionist and monolithic view of the Minister's varying responsibilities and mandates" to reduce the role of the PRRA officer "to that of concurring in any previous decision in which another delegate of the Minister made representations."

[70] This is reinforced by looking at section 5.14 of the PRRA Manual [*Immigration Manual: Protected Persons (PP)*, Chapter PP 3: Pre-removal Risk Assessment (PRRA)], which directs those officers to bear the following in mind as they make their decisions:

#### 5.14. Decision in writing

[. . .]

It is important to show that PRRA officers have carefully analyzed the case, weighed all of the evidence, and balanced

pouvoirs du ministre permet tacitement au ministre de déléguer ses attributions (*R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238). Ce pouvoir de délégation est prévu en toutes lettres dans la LIPR, au paragraphe 6(2), qui dispose que le ministre peut déléguer, par écrit, les attributions qui lui sont conférées par la Loi. C'est bien ce que le ministre a fait en ce qui concerne le pouvoir que lui confère l'article 112 de se prononcer sur les demandes d'ERAR (instrument de délégation en date du 12 décembre 2005, point 52).

[69] Bien que l'idée que les fonctionnaires d'un ministère parlent d'une seule voix et qu'ils sont essentiellement les porte-parole du ministre ait pu être vraie dans un passé lointain, une telle assertion est très peu réaliste dans un monde complexe et hétérogène. De nos jours, les ministères sont des appareils bureaucratiques considérables comptant des milliers d'employés à qui sont confiées des tâches diverses et variées. Certes, les ministres de la Couronne demeurent en bout de ligne chargés des orientations et des pratiques au sein de leur ministère, mais personne ne s'attend à ce qu'ils supervisent chacune des décisions relevant de chacun des mandats qu'englobe leur portefeuille. Lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions au jour le jour, les fonctionnaires d'un service déterminé ne sont pas nécessairement liés par les décisions prises par d'autres fonctionnaires dans un contexte différent. Comme le dit si bien l'agente d'ERAR à la page 4 de sa décision, [TRADUCTION] « réduire le rôle des agents chargés de procéder à l'examen des risques avant renvoi à une simple adhésion à toute décision au sujet de laquelle un autre délégué du ministre a fait valoir son point de vue constituerait une vision réductrice et monolithique des diverses attributions et des divers mandats du ministre ».

[70] Cette opinion est renforcée par la connaissance de la section 5.14 du Guide d'ERAR [*Guide de l'immigration : Personnes protégées (PP)*, chapitre PP 3 : Examen des risques avant renvoi (ERAR)], qui oblige les agents en question à tenir compte des facteurs suivants lorsqu'ils prennent leurs décisions :

#### 5.14 Décisions par écrit

[. . .]

Les agents d'ERAR doivent démontrer qu'ils ont soigneusement analysé le dossier, apprécié la preuve et

the treatment they have given to the evidence considered. The decision should be based on the evidence presented and researched, supported by the factual weight of the evidence itself. The decision should not be based on any preconceived bias or information. The research should be fresh and show that the PRRA officer has addressed the individual case. Each applicant in the PRRA process is entitled to a fully independent assessment of the facts.

[71] This is precisely what the PRRA officer did in the case at bar. After having carefully reviewed the Lais' arguments alleging that her decision was predetermined, she wrote at page 3 of her decision:

Counsel would have it that given that the Minister's representatives at the time of the applicants' CRDD hearing made submissions relating to the value of the diplomatic assurances given by the government of the People's Republic of China to the Government of Canada, that the pre-removal risk assessment process is fatally flawed and that no independent and unbiased decision can be made by a Pre-Removal Risk Assessment Officer. To accept such an argument would be tantamount to arguing that there can be no question of more than one mandate within the Department of Citizenship and Immigration. In response, I note that while all employees of the department are charged with the responsibility of administering and applying the objectives of the act in general, there can be varying and competing, even conflicting mandates in doing so.

[72] I find this reasoning unimpeachable. The Minister's dual mandates of intervention and protection in 2001 did not give rise to a reasonable apprehension of institutional bias, so long as each unit acted within its statutory mandate. This is precisely the issue that the Supreme Court considered in *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301. Writing for the Court, Justice Claire L'Heureux-Dubé stated, at page 309:

As with most principles, there are exceptions. One exception to the "*nemo iudex*" principle is where the overlap of functions which occurs has been authorized by statute, assuming the constitutionality of the statute is not in issue.

[73] Counsel for the applicants tried to distinguish that case on the basis that the PRRA officer has no

considéré équitablement les éléments de preuve examinés. La décision devrait être fondée sur les éléments de preuve déposés et documentés et s'appuyer sur les éléments de preuve factuels. Elle ne doit pas reposer sur la partialité ou sur des préjugés. La recherche doit être récente et démontrer que l'agent a étudié un dossier précis. Dans le processus de l'ERAR, chaque demandeur a droit à un examen indépendant complet des faits.

[71] C'est précisément ce que l'agente d'ERAR a fait dans le cas qui nous occupe. Après avoir attentivement examiné les arguments des Lai selon lesquels sa décision avait été prise d'avance, elle écrit ce qui suit, à la page 3 de sa décision :

[TRADUCTION] L'avocat voudrait que, comme les représentants du ministre à l'audience des demandeurs devant la CISR ont formulé des observations au sujet de la valeur des assurances diplomatiques données par le gouvernement de la République populaire de Chine au gouvernement du Canada, la procédure d'examen des risques avant le renvoi soit entachée d'une vice rédhitoire et que l'agent chargé de l'évaluation des risques avant renvoi ne puisse rendre aucune décision indépendante et impartiale. Accepter un tel argument reviendrait à affirmer qu'il ne peut être question de plusieurs mandats au sein du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. En réponse, je signale que, bien que tous les employés du ministère soient chargés de l'application et de la mise en œuvre des objectifs de la loi en général, les mandats exécutés à cette fin peuvent varier, diverger et même se contredire.

[72] Ce raisonnement me paraît irréprochable. Le double mandat d'intervention et de protection dont était investi le ministre en 2001 ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité institutionnelle, dès lors que chacune des unités administratives respecte le cadre du mandat que la loi lui confie. C'est précisément la question que la Cour suprême a examinée dans l'arrêt *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301. Sous la plume de la juge Claire L'Heureux-Dubé, la Cour suprême explique, à la page 309 :

Comme la plupart des principes, celui-ci a ses exceptions. Il y a exception au principe « *nemo iudex* » lorsque le chevauchement de fonctions est autorisé par la loi, dans l'hypothèse où la constitutionnalité de la loi n'est pas attaquée.

[73] L'avocat des demandeurs a tenté d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire précitée



statutory or regulatory authority and does everything in the name of the Minister. To use counsel's words, *Brosseau*, above, was about an overlapping of institutional functions, not a coincidence of positions. With all due respect, this is a distinction without difference. It is true that the Alberta Securities Commission was statutorily created, while PRRA officers only have delegated authority. But to me, it seems the principle enunciated in *Brosseau*, above, does not hinge upon the nature of the instrument underlying the decision maker's existence. If the Minister herself has been authorized to intervene at Board hearings and to decide PDRCC applications, certainly her delegates must have the same authority. The risk of being contaminated by a previous decision is surely minimized when two different units are tasked with different responsibilities, as opposed to the same person doing both.

[74] In coming to this conclusion, I am comforted by the decision reached by my colleague Justice Frederick Gibson in *Say v. Canada (Solicitor General)*, [2006] 1 F.C.R. 532 (F.C.) (aff'd (2005), 50 Imm. L.R. (3d) 159 F.C.A.). In that case, the applicants had raised the issue of institutional bias or lack of independence on the part of the PRRA officers because they were (for a short period of time) organizationally situated within the Canada Border Services Agency [CBSA], along with removal officers. After examining the evidence, Justice Gibson concluded the PRRA unit was structured in such a way that it was insulated from other sections of the CBSA, so that a right-minded and informed individual would not have a reasonable apprehension of bias. At paragraph 39 of the decision, he wrote:

On the evidence before the Court in this matter, I conclude that there would not be a reasonable apprehension of bias, in the mind of a fully informed person, in a substantial number of cases. That is not to say that there could not well be a reasonable apprehension of bias, as a matter of first impression, in the mind of a less than fully informed person, in a substantial number of cases. The mandate of the CBSA was portrayed in the substantial amount of public information surrounding its establishment as a security and enforcement

en faisant valoir que les agents d'ERAR n'ont aucun pouvoir législatif ou réglementaire et qu'ils font tout au nom du ministre. Pour reprendre les paroles mêmes de l'avocat, l'affaire *Brosseau*, précitée, portait sur un chevauchement de fonctions institutionnelles et non sur une coïncidence des postes. J'estime, en toute déférence, que cette distinction ne crée aucune différence. Il est vrai que l'Alberta Securities Commission avait été créée par une loi, alors que les agents d'ERAR n'exercent que les pouvoirs qui leur sont délégués. Il me semble toutefois que le principe énoncé dans l'arrêt *Brosseau*, précité, n'a rien à voir avec la nature de l'instrument sur lequel se fonde l'existence du décideur. Si le ministre est lui-même autorisé à intervenir dans les audiences de la Commission et à trancher les demandes des DNRSRC, il ne fait aucun doute que ses délégués doivent être investis du même pouvoir. Les risques d'être influencés par une décision antérieure sont sûrement minimisés lorsqu'on attribue des tâches différentes à deux services distincts au lieu de les confier à une seule et même personne.

[74] Pour en arriver à cette conclusion, je suis conforté par la décision à laquelle en est arrivé mon collègue le juge Frederick Gibson dans l'affaire *Say c. Canada (Solliciteur général)*, [2006] 1 R.C.F. 532 (C.F.) (conf. par 2005 CAF 422). Dans cette affaire, les demandeurs avaient soulevé la question de la partialité institutionnelle ou du manque d'indépendance des agents d'ERAR des risques avant renvoi pendant la courte période au cours de laquelle ces agents relevaient de l'Agence des services frontaliers du Canada [ASFC], au même titre que les agents de renvoi. Après avoir examiné la preuve, le juge Gibson a conclu que la section d'ERAR était structurée de telle manière qu'elle était isolée des autres sections de l'ASFC, de sorte qu'une personne sensée et bien informée n'aurait pas une crainte raisonnable de partialité. Au paragraphe 39 de sa décision, le juge écrit ce qui suit :

Compte tenu de la preuve dont la Cour dispose en l'espèce, je conclus que dans un grand nombre de cas, il n'existerait aucune crainte raisonnable de partialité dans l'esprit d'une personne parfaitement informée. Cela ne veut pas dire qu'une crainte raisonnable de partialité soit inconcevable—sous forme de première impression—dans un grand nombre de cas dans l'esprit d'une personne moins bien informée. Dans un grand nombre de documents d'information au public diffusés au moment de la constitution de l'ASFC, on a dit que son

mandate, a mandate quite distinct from a “protection” mandate. But the evidence before the Court indicates that its mandate was, at least in the period in question, rather multifaceted and that there was a conscious effort to insulate the PRRA program from the enforcement and removal functions of the CBSA. Thus, I conclude that a “fully informed person” would not have a reasonable apprehension that bias would infect decision makers in the PRRA program in a “substantial number of cases.”

[75] There is no evidence before me that this finding does not hold true anymore. PRRA officers are professional decision makers, undoubtedly very much aware that their decisions are subject to the constraints imposed upon each and every decision made on a quasi-judicial basis. I have no reason to believe that the PRRA officer did not do what she set out to do in the case at bar and did not approach this particular PRRA application with an open mind. Even assuming the diplomatic note was a key aspect of the risk assessment, she was not barred from looking at all the evidence that was available to her. There is no indication suggesting she simply stopped once she saw the evidence of the Minister’s submissions to the Board in 2001. As much as one may disagree with her findings, I do not think a fair-minded person, well apprised of the facts and having thought the matter through, would think that it is more likely than not that the PRRA officer would not decide the matter fairly.

[76] That being the case, there is no need to look at the constitutional argument based on section 7 of the Charter. There being no reasonable apprehension of bias, either from an institutional or from an individualized point of view, there can be no infringement of the principles of fundamental justice. By the same token, it is unnecessary to canvass the applicants’ proposed solutions. I shall only venture to say that this Court has no jurisdiction to determine a PRRA application, nor can section 24 of the Charter be a source of such jurisdiction. This Court’s jurisdiction is supervisory, and it cannot assume jurisdiction which Parliament has not granted it: *R. v. 974649 Ontario Inc.*,

mandat concernait la sécurité et l’application de la loi, ce qui se distingue tout à fait d’un mandat de « protection ». Cependant, il ressort de la preuve dont dispose la Cour que, du moins au cours de la période en litige, le mandat de cette agence était assez diversifié et qu’un effort conscient a été fait pour isoler le programme d’ERAR des fonctions relatives à la prise de mesures de renvoi et à l’application de la loi incombant à l’ASFC. Je conclus donc qu’une « personne parfaitement informée » n’aurait pas une crainte raisonnable que les décideurs du programme d’ERAR seraient partiaux « dans un grand nombre de cas ».

[75] Je ne dispose d’aucun élément de preuve permettant de penser que cette conclusion ne vaut plus aujourd’hui. Les agents d’ERAR sont des décideurs professionnels, qui sont sans doute parfaitement conscients du fait que leurs décisions sont assujetties aux contraintes qui valent pour toute décision soumise à un processus quasi judiciaire. Je n’ai aucune raison de croire que l’agente d’ERAR n’a pas fait ce qu’elle se proposait de faire en l’espèce et qu’elle n’a pas abordé la présente demande d’ERAR avec un esprit ouvert. Même en supposant que la note diplomatique constituait un aspect clé de l’évaluation des risques, il ne lui était pas interdit de tenir compte de l’ensemble de la preuve dont elle disposait. Rien ne permet de penser qu’elle a tout simplement arrêté son analyse après avoir pris connaissance des observations faites par le ministre devant la Commission en 2001. Certes, on peut être en désaccord avec ses conclusions, mais je ne crois pas qu’une personne sensée qui serait bien au courant des faits et qui étudierait la question en profondeur penserait qu’il est plus probable qu’improbable que l’agente d’ERAR ne trancherait pas la question de façon équitable.

[76] Dans ces conditions, il n’est pas nécessaire d’examiner le moyen constitutionnel fondé sur l’article 7 de la Charte. Comme il n’y a aucune crainte raisonnable de partialité tant sur le plan institutionnel que sur le plan individuel, il ne peut y avoir manquement aux principes de justice fondamentale. Dans le même ordre d’idées, il n’est pas nécessaire d’analyser les solutions proposées par les demandeurs. Je me permettrai seulement de dire que notre Cour n’a pas compétence pour statuer sur une demande d’ERAR, et qu’elle ne saurait tirer cette compétence de l’article 24 de la Charte. Le pouvoir qu’exerce notre Cour est un pouvoir de surveillance et notre Cour ne peut exercer

[2001] 3 S.C.R. 575; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

une compétence que le législateur fédéral ne lui a pas conférée (*R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177).

(b) The absence of an oral hearing

[77] The Lais have raised a second procedural fairness issue, relating to two affidavits they filed in support of their application. The first was from Ms. Tsang's sister. It said their father had been beaten and was under house arrest in China, while their mother was taken away by policemen on instructions from 4-20 investigators. The second affidavit was from the Canadian lawyer Clive Ansley, with Tao Mi's alleged recantation attached as an exhibit. In both cases, the PRRA officer gave little probative value to the evidence. She found Ms. Tsang's sister had an interest in the outcome of her claim for protection. Furthermore, her sister's affidavit contained uncorroborated hearsay. With respect to Mr. Ansley, as well as his assistant, neither one of them could testify as to the identity of the person who claimed to be Tao Mi. The Lais now claim the PRRA officer was not entitled to disregard those affidavits, without first granting them a hearing to address the officer's concerns.

[78] Paragraph 113(b) of the IRPA makes it clear that a hearing is to be held in exceptional circumstances. The factors to consider are found in section 167 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations), which reads as follows:

**167.** For the purpose of determining whether a hearing is required under paragraph 113(b) of the Act, the factors are the following:

- (a) whether there is evidence that raises a serious issue of the applicant's credibility and is related to the factors set out in sections 96 and 97 of the Act;
- (b) whether the evidence is central to the decision with respect to the application for protection; and
- (c) whether the evidence, if accepted, would justify allowing the application for protection.

b) Défaut de tenir une audience

[77] Les Lai soulèvent une autre question d'équité procédurale en rapport avec les deux affidavits qu'ils ont produits au soutien de leur demande. Le premier a été souscrit par la sœur de M<sup>me</sup> Tsang, qui affirme que leur père aurait été battu et qu'il est assigné à sa résidence en Chine, tandis que leur mère aurait été arrêtée par des policiers sur les instructions des enquêteurs de l'équipe 4-20. Le second affidavit a été souscrit par M<sup>e</sup> Clive Ansley, un avocat canadien. La présumée rétractation de Tao Mi était jointe à ce dernier affidavit. Dans les deux cas, l'agente d'ERAR a reconnu une faible valeur probante à ces éléments de preuve. Elle a conclu que la sœur de M<sup>me</sup> Tsang avait un intérêt dans l'issue de sa demande d'asile et que l'affidavit de sa sœur contenait du ouï-dire qui n'avait pas été corroboré. En ce qui concerne M<sup>e</sup> Ansley et son assistante, ni l'un ni l'autre n'a pu témoigner au sujet de l'identité de la personne qui affirmait être Tao Mi. Les Lai soutiennent maintenant que l'agente d'ERAR n'avait pas le droit d'écarter ces affidavits sans leur accorder d'abord la possibilité de répondre à ses préoccupations.

[78] L'alinéa 113b) de la LIPR précise bien qu'une audience peut être tenue dans certaines circonstances exceptionnelles. Les facteurs dont il y a lieu de tenir compte se trouvent à l'article 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), dont le texte suit :

**167.** Pour l'application de l'alinéa 113b) de la Loi, les facteurs ci-après servent à décider si la tenue d'une audience est requise :

- a) l'existence d'éléments de preuve relatifs aux éléments mentionnés aux articles 96 et 97 de la Loi qui soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité du demandeur;
- b) l'importance de ces éléments de preuve pour la prise de la décision relative à la demande de protection;
- c) la question de savoir si ces éléments de preuve, à supposer qu'ils soient admis, justifieraient que soit accordée la protection.

[79] Having reviewed the circumstances under which a hearing must be held, I do not think an interview was required in this case. First of all, the sister's affidavit put her own credibility into question, not Ms. Tsang's. Since section 167 of the Regulations envisions the possibility of a hearing for an applicant, I fail to see how Ms. Tsang could have testified on the basis of her sister's affidavit.

[80] As for Mr. Ansley and his assistant, they could have certainly been cross-examined on their affidavits before the Board, but the Minister chose not to. This was her absolute prerogative. It is trite law that a decision maker is not required to accept affidavit evidence merely because the affiant was not cross-examined (*Bath v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1207 (T.D.) (QL); *Singh v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 159).

[81] The applicants further contend that the PRRA officer breached both the regulatory requirement on interviews and the duty of fairness. They submit she should have either interviewed the affiants about the identity of the woman who came to Mr. Ansley's office or given them notice of her concern and an opportunity to respond. I strongly disagree. First of all, the affidavits of Mr. Ansley and his assistant were before the Board in 2001, and the Board gave them very little weight. Between then and now, the Lais could have cured this evidentiary deficiency by seeking evidence to confirm how the affiants knew the woman in Mr. Ansley's office was Tao Mi. However, they did not. Moreover, the Lais' credibility was not the determining issue in the PRRA decision. Rather, the officer found the risks to the Lais had not been established on objective evidence, particularly in light of the diplomatic note. The officer concluded, at page 41 of her reasons, that the unsigned statement was "not probative or significantly determinative of forward-looking risk to the applicants." This was not a credibility finding against the Lais but a finding based on the evidence they submitted to support the claim that they were at risk of torture. For all of these reasons, I do not think the officer breached section 167 of the Regulations by failing to conduct an oral hearing with the Lais to discuss the two affidavits.

[79] Après examen des circonstances dans lesquelles une audience doit être tenue, je ne crois pas qu'une entrevue était nécessaire dans le cas qui nous occupe. En tout premier lieu, l'affidavit souscrit par la sœur de M<sup>me</sup> Tsang remet en cause la crédibilité de son auteure et non celle de M<sup>me</sup> Tsang. Comme l'article 167 du Règlement envisage la possibilité d'accorder une audience au demandeur, je ne vois pas comment M<sup>me</sup> Tsang aurait pu témoigner sur la foi de l'affidavit de sa sœur.

[80] Quant à M<sup>e</sup> Ansley et à son assistante, ils auraient certainement pu être contre-interrogés au sujet de leur affidavit devant la Commission, mais le ministre a choisi de ne pas le faire, ce qui était son droit le plus strict. Il est de jurisprudence constante qu'un décideur n'est pas tenu d'accepter un affidavit pour la simple raison que son auteur n'a pas été contre-interrogé (*Bath c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1207 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Singh c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 159).

[81] Les demandeurs soutiennent en outre que l'agente d'ERAR n'a pas respecté l'obligation que lui impose le règlement en matière d'entrevues et qu'elle a manqué à son devoir d'agir avec équité. Ils affirment qu'elle n'aurait jamais dû interroger les souscripteurs des affidavits au sujet de l'identité de la femme qui s'était présentée au cabinet de M<sup>e</sup> Ansley et ils ajoutent qu'à défaut, elle devait leur faire part de ses réserves et leur donner l'occasion de répondre. Je suis en profond désaccord avec cette position. Tout d'abord, il y a lieu de rappeler qu'en 2001, la Commission avait en mains l'affidavit de M<sup>e</sup> Ansley et celui de son assistante et qu'elle a décidé de leur accorder très peu de poids. Depuis, les Lai auraient pu corriger cette lacune dans leur preuve en cherchant à obtenir des éléments de preuve pour confirmer sur quoi les auteurs de ces affidavits se fondaient pour affirmer que la femme qui se trouvait dans le cabinet de M<sup>e</sup> Ansley était bel et bien M<sup>me</sup> Tao Mi. Mais ils n'en ont rien fait. De plus, la crédibilité des Lai n'était pas la question déterminante dans la décision d'ERAR. L'agente a plutôt estimé que les risques auxquels les Lai affirmaient qu'ils seraient exposés n'avaient pas été établis sur le fondement d'éléments de preuve objectifs, à la lumière notamment de la note diplomatique. L'agente a conclu, à la page 41 de ses motifs, que la déclaration non signée n'était

[TRADUCTION] « pas probante et qu'elle ne permet pas vraiment d'établir si les demandeurs seraient exposés à un risque à l'avenir ». Il ne s'agissait pas d'une conclusion défavorable portant sur la crédibilité des Lai, mais bien d'une conclusion fondée sur les éléments de preuve qu'ils avaient présentés à l'appui de leur affirmation qu'ils seraient exposés à un risque de torture. Pour tous ces motifs, je ne crois pas que l'agente a contrevenu à l'article 167 du Règlement en n'accordant pas d'audience aux Lai pour discuter des deux affidavits.

(c) Does the diplomatic assurance encompass a conditional death sentence?

[82] The Lais are wanted for arrest for the offence of smuggling, contrary to Article 153 of the *Criminal Law of the People's Republic of China*. Mr. Lai is also wanted for bribery, contrary to Article 389 of the same law. It is true that the Lais have not been charged yet, but as I explained above, it appears a person is not charged with a crime in China until he or she is in custody. While the maximum sentence for bribery is 10 years' imprisonment, the penalty for "especially serious" cases of smuggling jumps to life imprisonment or death, pursuant to Article 151 of the *Criminal Law of the People's Republic of China*. Accordingly, I am confident that removing Mr. Lai to China would subject him to a risk to his life, were it not for the diplomatic assurances. And this is precisely why these assurances were given, in the wake of the Supreme Court's decision in *United States v. Burns*, above.

[83] The Lais' argument with respect to the diplomatic note is twofold. First, they submit the PRRA officer erred by failing to address whether the note encompasses a conditional death penalty. Second, and this argument was raised for the first time before this Court, they argue a suspended death sentence amounts to cruel and unusual treatment or punishment even if the person is never executed.

c) Les assurances diplomatiques englobent-elles la peine de mort conditionnelle?

[82] Les Lai sont recherchés en vertu de mandats d'arrestation pour s'être livrés à de la contrebande en violation de l'article 153 du Code pénal de la République populaire de Chine [*Criminal Law of the People's Republic of China*]. M. Lai est également recherché pour corruption, un délit prévu à l'article 389 de la même loi. Il est vrai qu'aucune accusation n'a encore été portée contre les Lai mais, comme je l'ai déjà expliqué, il semble qu'en Chine, une personne n'est accusée qu'une fois qu'elle est détenue. Bien que la peine maximale prévue pour la corruption soit de dix ans d'emprisonnement, la sanction que prévoit l'article 151 du Code pénal de la République populaire de Chine prévue pour le crime « spécialement grave » de contrebande est la réclusion à perpétuité ou la peine de mort. Je suis donc convaincu que, n'eurent été les assurances diplomatiques, le renvoi de M. Lai en Chine exposerait celui-ci à une menace à sa vie. C'est d'ailleurs la raison précise pour laquelle ces assurances ont été données dans la foulée de l'arrêt *États-Unis c. Burns*, précité, de la Cour suprême.

[83] L'argument invoqué par les Lai au sujet de la note diplomatique comporte deux volets. Premièrement, ils soutiennent que l'agente d'ERAR a commis une erreur en n'abordant pas la question de savoir si la note diplomatique englobait la peine de mort conditionnelle. En second lieu — et cet argument a été soulevé pour la première fois devant notre Cour —, ils affirment qu'une condamnation à mort avec sursis équivaut à un traitement ou une peine cruel et inusité même si l'intéressé n'est jamais exécuté.

[84] Before assessing these arguments, I must first determine the applicable standard of review. The Lais submit the interpretation of the diplomatic note is a matter of international law, not just domestic Chinese law. They claim that since international law is a part of Canadian law, the proper interpretation of the note should therefore be reviewed against a standard of correctness.

[85] The Minister, on the other hand, submits that the interpretation and the reliability of the note are both questions of fact that must be assessed on a standard of patent unreasonableness. While accepting this precise issue has never been decided, the Minister argues that interpreting and assessing the note involved findings about foreign law and evidence of past practice, and as such the PRRA officer's conclusions deserve significant deference.

[86] There is no doubt that foreign law is a matter of fact reviewable on the standard of patent unreasonableness. As the Federal Court of Appeal held in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini*, [2002] 1 F.C. 200 (F.C.A.), at paragraph 26:

Foreign law is a question of fact, which must be proved to the satisfaction of the Court. Judicial findings about foreign law, therefore, have always been considered on appeal as questions of fact (see J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1997), at page 155). Moreover, it is well settled that this Court will only interfere with a finding of fact, including a finding of fact with regard to expert evidence, if there has been a palpable and overriding error (See for example *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802).

See also: *Magtibay v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005) 271 F.T.R. 153 (F.C.), at paragraph 15; *Aung v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 82, at paragraph 13; *Buttar*

[84] Avant d'évaluer ces arguments, je dois d'abord déterminer la norme de contrôle applicable. Les Lai affirment que l'interprétation de la note diplomatique est une question de droit international, et non seulement une question de droit interne chinois. Ils soutiennent que, comme le droit international fait partie du droit canadien, la norme de contrôle qui s'applique à la question de l'interprétation de la note devrait par conséquent être celle de la décision correcte.

[85] Le ministre, en revanche, affirme que l'interprétation et la fiabilité de la note sont toutes deux des questions de fait qui doivent être évaluées selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Tout en reconnaissant que cette question précise n'a jamais été tranchée, le ministre fait valoir que, pour pouvoir interpréter et évaluer la note, il faut tirer des conclusions au sujet du droit étranger et des éléments de preuve présentés au sujet de l'usage antérieur, de sorte qu'il y a lieu de faire preuve d'un degré élevé de retenue judiciaire en ce qui concerne les conclusions tirées par l'agente d'ERAR.

[86] Il n'y a aucun doute que le droit étranger est une question de fait susceptible d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Comme l'a jugé la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini*, [2002] 1 C.F. 200 (C.A.F.), au paragraphe 26 :

Le droit étranger est une question de fait qui doit être prouvée à la satisfaction du tribunal. Les conclusions judiciaires au sujet du droit étranger ont donc toujours été considérées en appel comme des questions de fait (voir J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1997), à la page 155). De plus, il est de jurisprudence constante que notre Cour ne modifiera une conclusion de fait, y compris une conclusion de fait portant sur un témoignage d'expert, que si une erreur manifeste et dominante a été commise (voir, par exemple les arrêts *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247 et *Stein et autres c. Le « Kathy K » et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802).

Voir aussi : *Magtibay c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 397, au paragraphe 15; *Aung c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 82, au

*v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1281, at paragraph 9; *Nur v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 636, at paragraph 30; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Choubak* (2006), 291 F.T.R. 129 (F.C.).

[87] It is equally beyond dispute that assessing whether an assurance is reliable is a question of fact, reviewable on the standard of patent unreasonableness. The Supreme Court said so in both *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 72, at paragraph 17, and *Suresh*, above, at paragraph 39, where it stated:

As mentioned earlier, whether there is a substantial risk of torture if Suresh is deported is a threshold question. The threshold question here is in large part a fact-driven inquiry. It requires consideration of the human rights record of the home state, the personal risk faced by the claimant, any assurances that the claimant will not be tortured and their worth and, in that respect, the ability of the home state to control its own security forces, and more. . . . Such issues are largely outside the realm of expertise of reviewing courts and possess a negligible legal dimension. We are accordingly of the view that the threshold finding of whether Suresh faces a substantial risk of torture, as an aspect of the larger s. 53(1)(b) opinion, attracts deference by the reviewing court to the Minister's decision. The court may not reweigh the factors considered by the Minister, but may intervene if the decision is not supported by the evidence or fails to consider the appropriate factors.

[88] Mr. Matas is certainly correct in asserting that a diplomatic note is more akin to an international law instrument than to a domestic law. In his affidavit, expert John Holmes described the note in this case as “a commitment of a political nature from one state to another.” Having said that, Mr. Holmes recognized that a diplomatic note is not binding in international law. Rather, it reflects one party's intention to fulfill a specific undertaking.

paragraphe 13; *Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1281, au paragraphe 9; *Nur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 636, au paragraphe 30; et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Choubak*, 2006 CF 521.

[87] Il est par ailleurs incontestable que la question de la fiabilité des assurances données constitue une question de fait susceptible d'être contrôlée en fonction de la norme de la décision manifestement déraisonnable. C'est bien ce que la Cour suprême a affirmé tant dans l'arrêt *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 72, au paragraphe 17, que dans l'arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 39, où elle dit ce qui suit :

Comme il a été mentionné plus tôt, la question de savoir si M. Suresh court un risque sérieux de torture en cas d'expulsion est une question préliminaire. En l'espèce, la réponse à cette question dépend en grande partie des faits. Elle exige la prise en considération des antécédents du pays d'origine en matière de respect des droits de la personne, des risques personnels courus par le demandeur, de toute assurance que l'intéressé ne sera pas torturé et de la valeur de telles assurances—et, à cet égard, de la capacité du pays d'origine de contrôler ses propres forces de l'ordre —, ainsi que de bien d'autres considérations. [. . .] Ces questions échappent en grande partie au champ d'expertise des tribunaux de révision et leur aspect juridique est négligeable. Nous sommes par conséquent d'avis que le tribunal de révision doit faire montre de retenue à l'égard de la conclusion concernant la question préliminaire de savoir si M. Suresh court un risque sérieux de torture, en tant qu'aspect de l'opinion générale formulée en vertu de l'al. 53(1)b). Le tribunal ne peut soupeser à nouveau les facteurs pris en compte par le ministre, mais il peut intervenir si la décision n'est pas étayée par la preuve ou si elle n'a pas été prise en tenant compte des facteurs pertinents.

[88] M<sup>e</sup> Matas affirme avec raison qu'une note diplomatique s'apparente davantage à un instrument de droit international qu'à un document relevant du droit interne. Dans son affidavit, l'expert John Holmes qualifie d'ailleurs la note dont il est question dans le cas qui nous occupe d' [TRADUCTION] « engagement de nature politique d'un État envers un autre ». Cela étant dit, M. Holmes reconnaît qu'une note diplomatique n'a aucune force obligatoire en droit international et qu'elle traduit plutôt la volonté d'une partie de respecter un engagement déterminé.

[89] I am aware of no case law dealing specifically with the standard of review applicable to interpreting such an instrument. In the above-quoted citation from *Suresh*, above, the Court appears to have focused more on the value to give a diplomatic note than on its interpretation. I have nevertheless concluded that, at least in this case, the interpretation of the assurances from Chinese authorities is so intertwined with the construction of Chinese law that it ought to be considered a question of fact, on which the PRRA officer was entitled to a considerable measure of deference.

[90] Because the diplomatic note is of such crucial importance to resolve many of the issues raised in this application, I take the liberty to reproduce it in full before going any further:

NOTE No. 085/01 (dated May 2, 2001)

The Embassy of the People's Republic of China in Canada presents its compliments to the Department of Foreign Affairs and International Trade Canada and has the honour to respond to Assistant Deputy Minister Caron's letter of April 27, with the following information.

Lai Changxing is the chief criminal suspect of the mega smuggling case in Xiamen of China's Fujian Province. He fled to Canada after the case was detected. It is of great importance for China's efforts to fight against corruption and smuggling to have him repatriated to China for a trial by the competent Chinese judicial departments.

The Chinese side has noted the judicial practice of Canada relating to death penalty in repatriating criminal suspects. In view of this, the Chinese Government undertakes that after his repatriation to China, the Chinese appropriate criminal court will not sentence Lai Changxing to death for all the crimes he may have committed before his repatriation. The Supreme People's Court, the highest judicial organ in China, has decided to that effect and the appropriate criminal court in charge of the alleged smuggling and bribery case will be adequately informed of this decision and will abide by it.

In accordance with the above decision and Article 199 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China* which stipulates that "death sentences shall be subject to

[89] Je ne connais aucune décision de justice qui traite expressément de la norme de contrôle applicable à l'interprétation d'un tel instrument. Dans l'extrait précité de l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême semble s'être attachée davantage à la valeur à accorder à une note diplomatique qu'à son interprétation. Je conclus néanmoins que, du moins dans le cas qui nous occupe, l'interprétation des assurances données par les autorités chinoises est à ce point liée à l'interprétation du droit chinois qu'elle doit être considérée comme une question de fait au sujet de laquelle les conclusions tirées par l'agente d'ERAR méritent de notre part un degré élevé de retenue judiciaire.

[90] Comme la note diplomatique revêt une importance capitale pour résoudre bon nombre des questions en litige dans la présente demande, je me permets de la reproduire intégralement avant d'aller plus loin :

[TRADUCTION]

NOTE N° 085/01 (datée du 2 mai 2001)

L'ambassade de la République populaire de Chine au Canada présente ses compliments au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada; elle a l'honneur de lui transmettre les renseignements suivants en réponse à la lettre du sous-ministre adjoint datée du 27 avril :

Lai Changxing est le suspect principal dans l'affaire de contrebande d'envergure à Xiamen, province du Fujian, en Chine. Il s'est enfui au Canada lorsque l'affaire a été mise au jour. Son rapatriement en Chine pour que son procès soit instruit par les organes judiciaires chinois compétents revêt une importance capitale à la lumière des efforts que la Chine déploie pour lutter contre la corruption et la contrebande.

La Chine prend acte de la pratique judiciaire du Canada en ce qui concerne la peine de mort lorsqu'il est question de rapatrier un prévenu. À la lumière de cette situation, le gouvernement de la Chine s'engage à faire en sorte que le tribunal pénal chinois compétent ne condamne pas Lai Changxing à mort après son rapatriement en Chine pour tous les crimes qu'il peut avoir commis avant son rapatriement. La Cour populaire suprême, la plus haute instance judiciaire en Chine, a rendu une décision à cet égard et le tribunal pénal compétent saisi de l'affaire de contrebande et de corruption sera informé de cette décision et s'y conformera.

Conformément à la décision susmentionnée et à l'article 199 du *Code de procédure pénale de la République populaire de Chine*, qui précise que « les peines de mort sont soumises à



approval by the Supreme People's Court", the appropriate criminal court will not sentence him to death and even if it does, the verdict will not be approved by the Supreme People's Court, therefore, he will not be executed in any case if returned to China.

At the same time, China is a state party to the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. According to the provisions of the relevant Chinese laws, during the period of investigation and trial of Lai after his repatriation and, if convicted, during his term of imprisonment, Lai will not be subject to torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

Zeng Mingna, Lai's wife, is also a suspect involved in the same smuggling case. She fled with Lai to Canada. If Zeng is repatriated to China, the above-mentioned commitments will be equally applicable to her.

The Embassy of the People's Republic of China avails itself of this opportunity to renew to the Department of Foreign Affairs and International Trade Canada the assurances of its highest consideration.

[91] I shall address, in the next section of these reasons, how much weight to give this note, and the likelihood that Chinese authorities would renege on their assurances should the Lais be returned to China. While this argument is arguably relevant to assessing both the risk to life and the risk of torture, I believe it is more central with respect to the second type of risk, for reasons that will be spelled out later. The argument I want to tackle now is the Lais' submission that the note does not encompass a suspended death sentence. They claim they could face execution after receiving a suspended death sentence if they do not confess to the crimes for which they maintain their innocence.

[92] The PRRA officer found as a fact that the note ruled out the imposition of the death penalty (PRRA reasons, at page 36). She also found that neither applicant would face either the death penalty or a suspended death sentence (PRRA reasons, at page 35). She concluded the wording was not suspect and did not leave the door open to the Chinese authorities imposing a suspended execution sentence, then executing the Lais later for failing to confess (PRRA reasons, at page 39). She wrote it was pure speculation to argue the note left room to impose a death

l'approbation de la Cour populaire suprême », le tribunal pénal compétent ne le condamnera pas à mort et, même s'il le fait, la Cour populaire suprême ne confirmera pas le verdict; par conséquent, il ne sera en tout état de cause pas exécuté s'il est renvoyé en Chine.

Par ailleurs, la Chine est un État partie à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations Unies. En vertu de la législation chinoise pertinente, Lai ne sera pas assujéti à la torture et à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pendant l'enquête le visant et son procès après son rapatriement et, s'il est condamné, pendant son incarcération.

Zeng Mingna, l'épouse de Lai, est aussi soupçonnée dans cette affaire de contrebande. Elle s'est enfuie au Canada avec Lai. Les engagements susmentionnés s'appliqueront aussi à Zeng si elle est rapatriée en Chine.

L'ambassade de la République populaire de Chine saisit cette occasion pour renouveler au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international du Canada l'assurance de sa plus haute considération.

[91] Je vais, dans la section suivante des présents motifs, aborder la question de la valeur à accorder à cette note et celle de la probabilité que les autorités chinoises reviennent sur leurs assurances si les Lai devaient retourner en Chine. Bien qu'on puisse prétendre que cet argument est utile tant pour évaluer la menace à la vie que pour se prononcer sur le risque de torture, j'estime qu'il concerne davantage ce dernier, pour les motifs que j'exposerai plus loin. L'argument auquel je veux m'attaquer maintenant est l'affirmation des Lai suivant laquelle la note n'englobe pas le cas des condamnations à mort avec sursis. Ils soutiennent qu'ils risquent d'être exécutés après avoir été condamnés à mort avec sursis s'ils n'avouent pas les crimes pour lesquels ils clament leur innocence.

[92] L'agente d'ERAR a constaté que la note excluait la condamnation à mort (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 36). Elle a également conclu qu'aucun des demandeurs ne serait exposé à la peine de mort ou à une condamnation à mort avec sursis (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 35). Elle a estimé que la formulation était claire et qu'elle ne permettait pas aux autorités chinoises de condamner les Lai à la peine capitale avec sursis, pour ensuite les exécuter parce qu'ils n'auraient pas avoué leurs crimes (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 39). Elle a écrit que prétendre que la note laisse

penalty sentence with a two-year postponement.

[93] The Lais take issue with the fact that the PRRA officer seems to have framed the issue in evidentiary terms as opposed to interpretative ones. But I think the applicants' interpretation would lead to an unfair reading of the officer's decision. She does make the argument that there is no evidence to suggest Chinese authorities were not transparent or deliberately left themselves room to impose a conditional death sentence. But a close reading of her reasons, taken as a whole, reveals she was also alert to the wording of the *Criminal Law of the People's Republic of China* and, as a matter of fact, there was much evidence from Chinese witnesses before the Board on that subject.

[94] The death penalty assurance explains that the Supreme People's Court has decided not to impose the death penalty on either of the applicants "for all crimes they may have committed before their return back to China." As the first step to implementing the assurance, the Supreme People's Court will inform the lower courts not to impose the death penalty on the Lais for their alleged crimes.

[95] The second safeguard step is that if the lower courts do impose the death penalty, the Supreme People's Court, which must approve all death sentence executions, will not approve the death penalty execution in this case. This is spelled out in Article 199 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*, which states that "Death sentences shall be subject to approval by the Supreme People's Court."

[96] Now, the Lais argue that conditional, or suspended, death sentences are reviewed by the Higher People's Court under Article 201, not the Supreme People's Court. Because the death penalty assurances in this case refer to Article 199 only, so goes the argument,

aux autorités la latitude nécessaire pour condamner les Lai à la peine de mort en reportant l'exécution de deux ans relève de la pure conjecture.

[93] Les Lai reprochent à l'agente d'ERAR d'avoir abordé la question sous l'angle de la preuve plutôt que de la formuler comme une question d'interprétation. J'estime toutefois que l'interprétation préconisée par les demandeurs conduirait à une lecture injuste de la décision de l'agente. Elle affirme effectivement qu'il n'y a aucun élément de preuve permettant de penser que les autorités chinoises n'ont pas fait preuve de transparence ou qu'elles se sont délibérément réservé la latitude nécessaire pour infliger une peine de mort conditionnelle. Il ressort toutefois d'une lecture attentive de ses motifs, pris globalement, que l'agente était également consciente du libellé du Code pénal de la République populaire de Chine. D'ailleurs, les témoins chinois ont abondamment traité de cette question devant la Commission.

[94] Les assurances données au sujet de la peine de mort précisent que la Cour populaire suprême a décidé de ne pas condamner l'un ou l'autre des demandeurs à mort [TRADUCTION] « pour tous les crimes qu'il peut avoir commis avant son rapatriement ». Pour donner suite à ces assurances, la Cour populaire suprême s'engage, dans un premier temps, à informer les tribunaux inférieurs de cette décision de ne pas condamner les Lai à mort pour les crimes qui leur sont reprochés.

[95] Dans un deuxième temps, la Cour populaire suprême s'engage à ne pas confirmer le verdict de tout tribunal pénal inférieur compétent qui prononcerait une condamnation à mort. Ce pouvoir est prévu à l'article 199 du Code de procédure pénale de la République populaire de Chine [*Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*], qui précise que [TRADUCTION] « les peines de mort sont soumises à l'approbation de la Cour populaire suprême ».

[96] Les Lai font valoir que c'est la Cour populaire supérieure, et non la Cour populaire suprême qui, en vertu de l'article 201, est chargée de réviser les peines de mort conditionnelles ou les condamnations à mort avec sursis. Ils soutiennent que, comme les assurances

they do not apply to conditional or suspended death sentences. For the assurances to extend that far, the Chinese government would have had to have sought and received decisions from both the Higher People's Court and the Supreme People's Court. The assurances would also have had to refer to both Articles 201 and 199. Because of this, the Lais argue they could be executed if they refuse to confess or implicate people according to the Chinese government's wishes because the government would consider such behaviour a crime committed after repatriation. The note only refers to crimes committed before repatriation.

[97] This argument is disingenuous and fatally flawed and runs contrary to Article 50 of the *Criminal Law of the People's Republic of China* and Article 210 of the *Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*. These provisions read as follows:

[*Criminal Law of the People's Republic of China*]

#### Article 50

Anyone who is sentenced to death with a suspension of execution commits no intentional crime during the period of suspension, his punishment shall be commuted to life imprisonment upon the expiration of the two-year period; if he has truly performed major meritorious service, his punishment shall be commuted to fixed-term imprisonment of not less than 15 years but not more than 20 years upon the expiration of the two-year period; if it is verified that he has committed an intentional crime, the death penalty shall be executed upon verification and approval of the Supreme People's Court

[*Criminal Procedure Law of the People's Republic of China*]

#### Article 210

When a judgment of the death penalty with immediate execution is pronounced or approved by the Supreme People's Court, the President of the Supreme People's Court shall sign and issue an order to execute the death sentence.

If a criminal sentenced to death with a two-year suspension of execution commits no intentional offense during the period of

données en l'espèce au sujet de la peine de mort ne mentionnent que l'article 199, elles ne s'appliquent pas aux peines de mort conditionnelles ou aux condamnations à mort avec sursis. Pour que les assurances aient une telle portée, il aurait fallu que le gouvernement chinois demande et obtienne une décision à la fois de la Cour populaire supérieure et de la Cour populaire suprême. Il aurait également fallu que les assurances mentionnent à la fois les articles 201 et 199. Les Lai expliquent, pour cette raison, qu'ils pourraient être exécutés s'ils refusent de passer aux aveux ou d'impliquer des gens pour répondre aux souhaits du gouvernement chinois, parce que celui-ci considérerait ces agissements comme un crime commis après le rapatriement. La note ne parle que des crimes commis avant le rapatriement.

[97] En plus d'être peu sincère et d'être mal fondé, cet argument va à l'encontre de l'article 50 du Code pénal de la République populaire de Chine et de l'article 210 du Code de procédure pénale de la République populaire de Chine, qui sont ainsi libellés :

[*Code pénal de la République populaire de Chine*]

[TRADUCTION]

#### Article 50

Quiconque est condamné à mort avec sursis et ne commet aucun crime intentionnel au cours de sa période de sursis bénéficie, à l'expiration d'une période de deux ans, d'une commutation de sa peine en peine d'emprisonnement à perpétuité; s'il a véritablement accompli un service méritoire important, sa peine est commuée, à l'expiration de la période de deux ans, en une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée minimale de 15 ans et maximale de 20 ans; si l'on constate qu'il a commis un crime intentionnel, la peine de mort est exécutée après vérification et approbation de la Cour populaire suprême.

[*Code de procédure pénale de la République populaire de Chine*]

#### Article 210

En cas de prononcé ou d'approbation, par la Cour populaire suprême, d'une condamnation à mort à exécution immédiate, le président de la Cour populaire suprême signe et rend une ordonnance d'exécution de la peine de mort.

Si un criminel est condamné à mort avec un sursis de deux ans et ne commet aucun délit intentionnel au cours de sa période

suspension of the sentence and his punishment should therefore be commuted according to law on expiration of such period, the executing organ shall submit a written recommendation to a Higher People's Court for an order; if there is verified evidence that the criminal has committed intentional offense and his death sentence should therefore be executed, the Higher People's Court shall submit the matter to the Supreme People's Court for examination and approval.

[98] These two provisions make it abundantly clear that the Supreme People's Court must approve all death sentences, including conditional death sentences when they are to be executed. This has been made even more explicit, if need be, in a notice from the Supreme People's Court to the Higher People's Court (No. 177), dated November 26, 2003, which is found in Exhibit "J" of Winnifred Liu's affidavit. Moreover, a person will be executed only if he or she commits an intentional crime during the suspension period. Otherwise, the death sentence is automatically commuted to life imprisonment. There was evidence before the PRRA officer that a person refusing to confess does not commit a further crime. This eventuality is addressed in the first part of Article 50, according to which an applicant performing "meritorious service" will see his punishment commuted to a fix term of imprisonment.

[99] It is true that Article 199 is the only provision mentioned in the diplomatic note. But I fail to see how this can be read as "irrefutable evidence the assurances do not encompass a conditional death sentence," to take Mr. Matas' words. I do not see such an instrument as a complete code of criminal law or procedure. More importantly, a fair reading of the note taken in its totality, as well as its genesis, clearly indicates the Chinese authorities wanted to reassure the Canadian government that the Lais would not be put to death under any circumstances for any crimes committed before their repatriation. There is no other way to read the third paragraph of the diplomatic note and its reference to the judicial practice of Canada relating to death penalty. As a result, it was not patently unreasonable for the PRRA officer to conclude there was nothing "sinister" or "suspect" about how the assurance against the death penalty was worded.

de sursis et que sa peine est de ce fait commuée conformément à la loi à l'expiration de cette période, l'organe chargé de l'exécution doit soumettre une recommandation par écrit à la Cour populaire supérieure en vue d'obtenir une ordonnance; si, d'après les éléments de preuve vérifiés, le criminel a commis un délit intentionnel, et que sa peine de mort doit par conséquent être exécutée, la Cour populaire supérieure doit déférer le cas à la Cour populaire suprême pour examen et approbation.

[98] Il ressort à l'évidence de ces deux dispositions que la Cour populaire suprême doit approuver toutes les peines de mort, y compris les condamnations à mort conditionnelles qui doivent être exécutées. Cette procédure est expliquée, si besoin est, avec encore plus de précision dans l'avis n° 177 du 26 novembre 2003 de la Cour populaire suprême à la Cour populaire supérieure que l'on trouve à l'annexe J de l'affidavit de Winnifred Liu. Qui plus est, une personne ne sera exécutée que si elle commet un crime intentionnel au cours de la période de son sursis. Sinon, la peine de mort est automatiquement commuée en peine d'emprisonnement. L'agente d'ERAR disposait d'éléments de preuve suivant lesquels la personne qui refuse de passer aux aveux ne commet pas un crime. La question est abordée dans la première partie de l'article 50, qui prévoit que celui qui accomplit un « service méritoire » verra sa peine commuée en peine d'emprisonnement à durée déterminée.

[99] Il est vrai que l'article 199 est la seule disposition mentionnée dans la note diplomatique. Mais je ne vois pas comment on pourrait interpréter ce fait comme [TRADUCTION] « une preuve irréfutable que les assurances ne s'étendent pas à la peine de mort conditionnelle », pour reprendre les propos de M<sup>e</sup> Matas. Je ne perçois pas cet instrument comme un code de droit pénal ou de procédure criminelle exhaustif. Mais surtout, j'estime qu'une interprétation juste de la note, prise dans son ensemble, ainsi que de sa genèse, démontre clairement que les autorités chinoises voulaient rassurer le gouvernement canadien que les Lai ne seraient dans aucun cas mis à mort pour tout crime commis avant leur rapatriement. Il n'y a aucune autre façon d'interpréter le troisième paragraphe de la note diplomatique et son allusion à la pratique des tribunaux canadiens en ce qui concerne la peine de mort. Il n'était donc pas manifestement déraisonnable de la part de

[100] As for the argument that imposing a conditional death sentence is cruel and unusual punishment in itself, even if the applicants are not executed, a few things need be said. First, an officer cannot be faulted for failing to consider arguments that were not put to her *Varga v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 3 (F.C.A.), at paragraph 17. Second, the PRRA officer never considered whether the imposition of a conditional death sentence amounted to a threat to life, torture or cruel and unusual treatment or punishment because she concluded the note did not allow Chinese authorities to impose a suspended execution sentence. She could have based that conclusion upon a legal analysis along the line of the foregoing paragraphs. However, the evidence supporting such an analysis was put to her, and this is likely why she found there was insufficient evidence to conclude the note was suspect and allowed Chinese authorities to impose a suspended execution sentence (PRRA Reasons, at page 39). Third, there is no possibility of the Lais experiencing “death row phenomenon,” or a psychological trauma associated with awaiting an execution which may or may not arrive, once we accept that the assurances foreclose any likelihood of a death sentence being carried out. For all of these reasons, the officer’s conclusion on this argument and, more generally speaking, on the assurance against the death penalty, should be left undisturbed as it does not amount to a patently unreasonable finding.

(d) and (e) The assurance against torture

[101] The applicants have raised two issues regarding the assurance against torture. The first is essentially the same question that was certified by Justice MacKay. The

l’agente d’ERAR de conclure qu’il n’y avait rien de « sinistre » ou de « suspect » dans la façon dont étaient formulées les assurances données au sujet de la peine de mort.

[100] Quant à l’argument voulant que condamner les demandeurs à la peine de mort sous condition constitue en soi une peine cruelle et inusitée et ce, même si les demandeurs ne sont pas exécutés, il y a lieu de faire certaines précisions. Tout d’abord, on ne saurait reprocher à l’agente de ne pas avoir tenu compte d’arguments qui ne lui ont pas été présentés (*Varga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 3 (C.A.F.), au paragraphe 17). En second lieu, l’agente d’ERAR ne s’est jamais penchée sur la question de savoir si l’infliction d’une peine de mort conditionnelle équivaldrait à une menace à la vie, à de la torture ou à un traitement ou une peine cruels et inusités parce qu’elle conclut que la note ne permettait pas aux autorités chinoises de condamner à la peine de mort avec sursis. Elle aurait pu fonder cette conclusion en procédant à une analyse juridique en s’inspirant des paragraphes qui précèdent. Toutefois, les éléments de preuve qui appuient une telle analyse lui ont été soumis et c’est probablement la raison pour laquelle elle a estimé qu’elle ne disposait pas de suffisamment d’éléments de preuve pour pouvoir conclure que la note était suspecte et permettait aux autorités chinoises d’infliger une peine de mort conditionnelle (motifs de l’agente d’ERAR, à la page 39). Troisièmement, il n’y a aucune possibilité que les Lai souffrent du « syndrome du couloir de la mort » ou d’un quelconque traumatisme psychologique associé à l’attente d’une exécution qui pourrait ou non arriver, dès lors que l’on accepte que les assurances données excluent toute probabilité que la peine de mort soit exécutée. Pour tous ces motifs, la conclusion tirée par l’agente sur cet argument et, de façon plus générale, au sujet des assurances données en ce qui concerne la peine de mort, ne devrait pas être modifiée et ne saurait être qualifiée de conclusion manifestement déraisonnable.

d) et e) Les assurances relatives à la torture

[101] Les demandeurs ont soulevé deux questions en ce qui concerne les assurances données au sujet de la torture. La première question est essentiellement la

Federal Court of Appeal did not answer the question, however, because it considered it academic to the issue of whether the Lais were Convention refugees, and thus included under the IRPA. In substance, the Lais are asking this Court to determine when an officer must conduct separate assessments of an assurance against death and an assurance against torture. Is a separate assessment mandated when there is evidence of generalized resort to torture or evidence of torture in similar cases? The Federal Court of Appeal declined to answer that question. However, it explicitly noted the issue could be canvassed at the PRRA stage. Justice Layden-Stevenson then found it a serious issue for the purposes of the Lais' application to stay their removal order.

[102] The second issue relating to the assurance against torture has to do with its reliability. More particularly, the Lais contend that to be effective, the assurance would require monitoring and other mechanisms to test the receiving state's undertakings. The Lais therefore submit the PRRA officer erred by focusing on the notoriety of their case, without considering whether and how torture could come to the public's attention, and how their notoriety could protect them if torture or mistreatment was never discovered. I shall deal with these two issues in the same section of these reasons, as they are closely related.

[103] The first thing to determine is the applicable standard of review. Not surprisingly, the Lais are of the view that both of these questions attract a standard of correctness as they are general in nature. The first issue calls for an elaboration of the Supreme Court's reasoning in *Suresh*, above, on the issue of diplomatic assurances. They claim the second issue is a subset of the first, arguing that if the death penalty and torture assurances must be assessed separately, what, then, is the nature of a separate assessment?

même que celle qu'a certifiée le juge MacKay. La Cour d'appel fédérale a toutefois refusé de répondre à cette question, estimant qu'elle n'aurait aucune incidence pratique sur la question de savoir si les Lai étaient des réfugiés au sens de la Convention et s'ils étaient, par le fait même, visés par la LIPR. Les Lai demandent essentiellement à notre Cour de décider si un agent doit évaluer séparément les assurances données au sujet de la peine de mort et celles données au sujet de la torture. Doit-on procéder à une évaluation distincte lorsque, suivant la preuve, il existe un recours généralisé à la torture ou des éléments de preuve tendant à démontrer qu'on recourt à la torture dans des cas semblables? La Cour d'appel fédérale a refusé de répondre à cette question. Elle a toutefois signalé expressément que la question pouvait être analysée à l'étape de l'ERAR. Le juge Layden-Stevenson a par la suite estimé qu'il s'agissait d'une question sérieuse lorsqu'il s'agit de statuer sur la demande de sursis de la mesure de renvoi dont les demandeurs font l'objet.

[102] La seconde question que soulèvent les assurances données au sujet de la torture concerne leur fiabilité. Plus particulièrement, les Lai affirment que, pour être efficaces, les assurances exigeraient une surveillance ainsi que d'autres mécanismes pour qu'on puisse vérifier si l'État en question a respecté ses engagements. Les Lai affirment par conséquent que l'agente d'ERAR a commis une erreur en s'attardant à la notoriété de leur cas sans se demander si et comment la torture pouvait être portée à l'attention du public, et comment leur notoriété pouvait les protéger si la torture ou les mauvais traitements n'étaient jamais découverts. J'examinerai ces deux questions dans la même section des présents motifs, car elles sont étroitement liées.

[103] Il convient en tout premier lieu de déterminer la norme de contrôle applicable. Comme on pouvait s'y attendre, les Lai sont d'avis que ces deux questions donnent lieu à l'application de la norme de la décision correcte en raison de leur caractère général. La première question nous oblige à expliciter le raisonnement suivi par la Cour suprême dans l'arrêt *Suresh*, précité, sur la question des assurances diplomatiques. Les Lai affirment que la seconde question est accessoire à la première et s'interrogent sur la nature de cette évaluation séparée, en supposant qu'il faille évaluer

[104] The Minister, on the other hand, submits that evaluating the assurance's reliability is a matter of fact, reviewable on the standard of patent unreasonableness. In light of the PRRA officer's finding that the assurance was reliable for all of the reasons set out in her decision, they say, it was not patently unreasonable for her to conclude that the absence of a monitoring mechanism did not undermine its reliability. With respect to the issue of a separate assessment, the Minister submits this issue simply does not arise—first, because it is always required, and second, because this is precisely what the officer did in this case.

[105] There is no doubt in my mind that evaluating the reliability of a diplomatic assurance is a question of fact, reviewable on the standard of patent unreasonableness. It is indeed part of the assessment as to whether a failed refugee claimant faces a substantial, forward-looking risk of torture if removed to his country of origin. In both *Ahani*, above, and *Suresh*, above, the Supreme Court made this point clear. Reviewing the Minister's decision on whether Mr. Suresh faced a substantial risk of torture upon deportation, the Court wrote that the Minister's review of an assurance from a foreign state is a fact-driven inquiry with a "negligible legal dimension" (*Suresh*, above, at paragraph 39). This was reiterated by the British Columbia Court of Appeal in *Thailand v. Saxena* (2006), 265 D.L.R. (4th) 55, at paragraphs 47-48, and by this Court in *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 59 Imm. L.R. (3d) 257, at paragraph 11.

[106] Bearing that in mind, the applicants' attempt to frame the issue of monitoring as a legal question must fail. At the end of the day, the threshold question is whether there is a substantial risk that the Lais will be tortured or mistreated in China. To answer that question, the PRRA officer had to take a number of factors into

séparément les assurances données au sujet de la peine de mort et celles données au sujet de la torture.

[104] Le ministre, en revanche, soutient que l'évaluation de la fiabilité des assurances est une question de fait à contrôler selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. Compte tenu de la conclusion de l'agente d'ERAR, qui a estimé que les assurances étaient fiables pour toutes les raisons exposées dans sa décision, il n'était pas manifestement déraisonnable de sa part de conclure que l'absence de mécanisme de surveillance ne compromettrait pas la fiabilité des assurances. Sur la question de l'évaluation séparée, le ministre soutient que cette question ne se pose tout simplement pas, premièrement parce que cette évaluation est toujours exigée et, en second lieu, parce que c'est précisément ce que l'agente a fait en l'espèce.

[105] Il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'évaluation de la fiabilité des assurances diplomatiques est une question de fait qui est assujettie à la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable. Elle s'inscrit dans le cadre de l'évaluation de la question à savoir si le demandeur d'asile débouté serait exposé à l'avenir à un risque élevé de torture s'il était renvoyé dans son pays d'origine. Tant dans l'arrêt *Ahani*, précité, que dans l'arrêt *Suresh*, précité, la Cour suprême l'a d'ailleurs bien précisé. Saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre sur la question de savoir si M. Suresh courrait un risque sérieux de torture en cas d'expulsion, la Cour écrit que la réponse à cette question dépend en grande partie des faits et que l'« aspect juridique est négligeable » (*Suresh*, précité, au paragraphe 39). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a repris à son compte cette analyse dans l'arrêt *Thailand v. Saxena* (2006), 265 D.L.R. (4th) 55, aux paragraphes 47 et 48, tout comme notre Cour, dans le jugement *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1503, au paragraphe 11.

[106] Considérant ce qui précède, les tentatives faites par les demandeurs en vue de présenter la question de la surveillance comme une question de droit sont vouées à l'échec. Enfin de compte, la question préliminaire à se poser est celle de savoir si les Lai courent un risque sérieux d'être torturés ou soumis à de mauvais

consideration. The diplomatic note was only one of those factors—though a critical one, as we shall see. The presence or absence of a monitoring mechanism was itself one of the indicia to assess the reliability of the assurance given. By concluding the absence of a monitoring mechanism was not determinative, the PRRA officer made a finding of fact.

[107] Of course, in coming to that conclusion the PRRA officer may be taken as having implicitly denied that some kind of monitoring is always required for an assurance to be reliable. As we shall see shortly, views have been expressed in the recent past about the proper use of diplomatic assurances against torture and what they should encompass. In her reasons, the PRRA officer did indeed refer to various proposals and statements made by non-governmental organizations, human rights activists and UN specialized bodies. But none of these views have so far crystallized in international law. The closest expression to an international norm is the *Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, adopted by the UN General Assembly on December 18, 2002 [UN GA A/RES/57/199]. Though it entered into force on June 22, 2006, it has not been ratified by either Canada or the People's Republic of China. And there is no evidence before me that it is now part of customary international law.

[108] In any event, the PRRA officer did not discuss this broader issue and restricted herself to assessing this particular diplomatic note. In response to the applicants' argument on this point, she wrote, at page 35 of her decision:

I do not agree that the absence of a mechanism to monitor the compliance of the Chinese government with the terms of the note is to be interpreted as rendering the note itself unreliable. Having regard to the nature and format of the diplomatic

traitements en Chine. Pour répondre à cette question, l'agente d'ERAR devait tenir compte d'un certain nombre de facteurs. La note diplomatique ne représentait qu'un de ces facteurs, bien qu'il faille reconnaître, comme nous le verrons, qu'elle constituait un facteur critique. La présence ou l'absence de mécanisme de surveillance était en soi un des indices servant à évaluer la fiabilité des assurances données. En concluant que l'absence de mécanisme de surveillance n'était pas déterminante, l'agente d'ERAR a formulé une conclusion de fait.

[107] Bien sûr, on peut considérer qu'en tirant une telle conclusion, l'agente d'ERAR a implicitement nié qu'une sorte de surveillance est toujours exigée pour qu'une assurance soit fiable. Comme nous le verrons sous peu, des opinions ont été récemment exprimées au sujet de la bonne utilisation des assurances diplomatiques données au sujet de la torture et de ce qu'elles devraient englober. Dans ses motifs, l'agente d'ERAR a effectivement cité diverses propositions et déclarations faites par des organismes non gouvernementaux, des militants des droits de la personne et des organismes spécialisés des Nations Unies. Mais, jusqu'ici, aucune de ces opinions ne s'est cristallisée en droit international. La formulation qui se rapproche le plus d'une norme internationale est le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, qui a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 18 décembre 2002 [AG NU A/RES/57/199]. Bien qu'il soit entré en vigueur le 22 juin 2006, il n'a été ratifié ni par le Canada ni par la République populaire de Chine. Et je ne dispose d'aucun élément de preuve qui tende à démontrer qu'il fait désormais partie du droit international coutumier.

[108] En tout état de cause, l'agente d'ERAR n'a pas discuté de cette question plus large, se bornant à analyser la présente note diplomatique. En réponse à l'argument des demandeurs sur ce point, voici ce qu'elle écrit, à la page 35 de sa décision :

[TRADUCTION] Je ne suis pas d'accord pour dire que l'absence de mécanisme permettant de vérifier si le gouvernement chinois a respecté les modalités de la note doit être interprétée comme enlevant toute fiabilité à la note elle-même. Compte



assurance, the correspondence that took place between Canadian and Chinese representatives to establish the terms of the assurance, and the identity of the applicants, I do not accept counsel's argument that I should dismiss this diplomatic assurance on the basis that its terms cannot be guaranteed without some kind of diplomatic sanction behind it or a mechanism to monitor its compliance.

[109] This passage demonstrates that the officer's decision on this particular issue was entirely fact-driven and was not meant to have precedential value. To borrow from the Supreme Court, the PRR decision, at least on this question, "is not one that will determine future cases except insofar as it is a useful case for comparison" (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraph 41). For all of these reasons, I am not prepared to assume that a standard of correctness should be applied to the PRR officer's findings that the applicants will not likely face a risk of torture or mistreatment and that the assurance is reliable.

[110] Finally, I need say only a few words about the so called "separate" assessment requirement. A close reading of *Suresh*, above, leads me to the conclusion that the Supreme Court never contemplated that an assurance must only be independently assessed on certain conditions. The Court cautioned the Minister to be cognizant of the distinction between assurances against the death penalty and those against torture and signaled the difficulty in relying too heavily on assurances against torture from countries that have engaged in torture in the past. The Court then suggested some factors the Minister could take into account in cautiously evaluating assurances against torture. There is absolutely no indication that caution is warranted only when torture is allegedly used against similarly situated individuals. On the contrary, the Court stressed at paragraph 124, "the difficulty in relying too heavily on assurances by a state that it will refrain from torture in the future when it has engaged in illegal torture or allowed others to do so on its territory in the past" (emphasis added).

tenu de la nature et de la forme des assurances diplomatiques, de la correspondance échangée entre les représentants canadiens et les représentants chinois pour définir les modalités des assurances en question et de l'identité des demandeurs, je n'accepte pas l'argument de l'avocat suivant lequel je devrais écarter les assurances diplomatiques en question au motif que leur respect ne peut être garanti si elles ne sont pas assorties d'une sorte de sanction diplomatique ou d'un mécanisme permettant d'en vérifier le respect.

[109] Ce passage démontre que la décision de l'agente sur cette question précise était entièrement tributaire des faits et qu'elle n'était pas censée avoir valeur de précédent. Pour reprendre la formule employée par la Cour suprême, la décision d'ERAR, du moins sur cette question, « n'est pas déterminante pour des causes futures, et son utilité se limitera à fournir un élément de comparaison » (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, au paragraphe 41). Pour tous ces motifs, je ne suis pas disposé à tenir pour acquis qu'il y a lieu d'appliquer la norme de la décision correcte aux conclusions de l'agente d'ERAR suivant lesquelles il est improbable que les demandeurs soient exposés au risque d'être torturés ou soumis à de mauvais traitements et suivant lesquelles les assurances sont fiables.

[110] Enfin, il me suffira de dire quelques mots au sujet de l'obligation de procéder à ce qu'on est convenu d'appeler l'exigence d'évaluation « séparée ». Une lecture attentive de l'arrêt *Suresh*, précité, m'amène à la conclusion que la Cour suprême n'a jamais envisagé que des assurances devaient impérativement être évaluées de façon indépendante et soumises à certaines conditions. La Cour a invité le ministre à être conscient de la distinction qu'il y a lieu de faire entre les assurances portant sur la peine de mort et celles portant sur la torture, et elle a souligné le problème que crée le fait de trop se fier aux assurances relatives à la torture qui sont données par des pays qui se sont livrés à de la torture dans le passé. La Cour a ensuite suggéré certains facteurs dont le ministre pourrait tenir compte pour évaluer avec prudence les assurances données par un État qu'il n'aura pas recours à la torture. Il n'y a absolument rien qui justifie de faire preuve de prudence uniquement dans les cas où les victimes de la torture seraient des personnes se trouvant dans la même situation. Au contraire, au paragraphe 124, la Cour

souligne « le problème que crée le fait d'accorder trop de poids à l'assurance donnée par un État qu'il n'aura pas recours à la torture à l'avenir, alors que par le passé il s'y est livré illégalement ou a permis que d'autres s'y livrent sur son territoire » (non souligné dans l'original).

[111] Be that as it may, this issue is academic to the case at bar because the PRRA officer did conduct a separate assessment of the assurance against torture. Not only did she state so explicitly at page 20 of her decision, but the content of her reasons reflects that affirmation. After having quoted from *Suresh*, above, she considered a press release issued on December 2, 2005, discussing the UN Special Rapporteur on Torture's recent visit to China (PRRA reasons, at pages 16-17). She looked at general country condition articles and reports about torture in China and the government's attempts to tackle the problem (PRRA reasons, at pages 17-18, 20). She also looked at testimony from prosecutors, defence counsel and convicted offenders in the Xiamen smuggling cases claiming statements from the accused were not extracted through torture or coercion (PRRA reasons, at page 19). She wrote there was a lack of probative evidence to show the 4-20 investigation team mistreated suspects and little evidence to support the theory that the two prison deaths could be attributed to mistreatment or torture (PRRA reasons, at pages 18-19). Finally, she relied on the expert opinions of Dr. Charles Burton and Dr. Jerome Cohen that China will respect the assurances because people around the world will be paying great attention to this case. Because of this, the experts concluded China will not tolerate any errors from lower-level police and other officials in the way they treat the Lais (PRRA reasons, at page 20).

[112] It is true, of course, that the officer referred to many overlapping factors in assessing the assurance against the death penalty and the assurance against

[111] Quoi qu'il en soit, la question est théorique dans le cas qui nous occupe, car l'agente d'ERAR a effectivement évalué séparément les assurances données au sujet de la torture. Non seulement l'affirme-t-elle explicitement à la page 20 de sa décision, mais la teneur de ses motifs confirme cette affirmation. Après avoir reproduit des extraits de l'arrêt *Suresh*, précité, elle examine le communiqué de presse publié le 2 décembre 2005 dans lequel il était question de la récente visite en Chine du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 16 et 17). Elle examine des articles portant sur la situation générale en Chine, ainsi que des rapports sur la torture en Chine et sur les tentatives faites par le gouvernement pour s'attaquer au problème (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 17, 18 et 20). Elle examine également les témoignages de procureurs, d'avocats de la défense et de personnes reconnues coupables dans les affaires du réseau de contrebande de Xiamen suivant lesquels les déclarations faites par les accusés ne leur avaient pas été soutirées sous la contrainte ou la torture (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 19). Elle écrit qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve probants pour démontrer que les enquêteurs de l'équipe 4-20 ont maltraité les suspects, et elle ajoute qu'il y a peu d'éléments de preuve pour appuyer la thèse que les deux décès survenus en prison pouvaient être attribués à de mauvais traitements ou à de la torture (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 18 et 19). Enfin, elle se fonde sur l'avis des experts Charles Burton et Jerome Cohen suivant lesquels la Chine respectera les assurances données parce que, partout dans le monde, les gens surveilleront de près cette affaire. Les experts en concluent que la Chine ne tolérera aucune erreur de la part de ses policiers subalternes ou des autres fonctionnaires dans le traitement qu'ils réserveront aux Lai (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 20).

[112] Il est vrai, bien sûr, que l'agente a mentionné divers facteurs qui se chevauchent pour évaluer les assurances données au sujet de la peine de mort et celles

torture. For example, she found that China has the ability to control its officials' behaviour. Consequently, she concluded the applicants will not be subjected to death, torture, or cruel and unusual mistreatment or punishment (PRRA reasons, at page 35). She also relied on the following:

- Evidence of the witnesses before the Board (PRRA reasons, at page 10);
- The fact that China approached the Canadian government first in their diplomatic negotiations and then responded to the clarifications Canada requested (PRRA reasons, at page 35);
- The lack of evidence to show China had reneged on previous diplomatic commitments (PRRA reasons, at pages 16, 37); and
- The lack of evidence to demonstrate China would not live up to its promises in this case (PRRA reasons, at page 14).

In the end, she also concluded the assurances against both torture and death were reliable for the same reason—the applicants' notoriety. As I shall try to show, this conclusion was an error with respect to the assurance against torture. Any error in the officer's decision, however, was not because she failed to assess the assurance against torture separately.

[113] Based on the foregoing considerations, I will therefore review the PRRA officer's decision against a standard of patent unreasonableness. As is well known, such a standard imposes a high degree of deference from the reviewing court, since a patently unreasonable decision has been described as one that is "clearly irrational" or "evidently not in accordance with reason" (*Law Society of New Brunswick v. Ryan* above, at paragraph 52).

données au sujet de la torture. Ainsi, elle a conclu que la Chine est en mesure de contrôler les agissements de ses fonctionnaires, de sorte que les demandeurs ne seraient pas exposés à une menace à leur vie ou au risque d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels et inusités (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 35). Elle s'est également fondée sur les éléments suivants :

- Les déclarations des témoins entendus devant la Commission (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 10);
- Le fait que c'est la Chine qui a pris l'initiative d'entamer des pourparlers diplomatiques avec le gouvernement canadien pour ensuite répondre aux demandes d'éclaircissements du Canada (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 35);
- L'absence d'éléments de preuve tendant à démontrer que la Chine est revenue sur ses engagements diplomatiques antérieurs (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 16, 37);
- L'absence d'éléments de preuve tendant à démontrer que la Chine ne respectera pas ses promesses en l'espèce (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 14).

Au bout du compte, elle a également conclu que les assurances données, tant en ce qui concerne la torture que la peine de mort, étaient fiables pour la même raison, en l'occurrence, la notoriété dont jouissaient les demandeurs. Comme je vais tenter de le démontrer, cette conclusion est erronée dans le cas des assurances données au sujet de la torture. Je tiens toutefois à préciser que l'erreur dont peut être entachée la décision de l'agente n'est pas attribuable à son défaut d'évaluer séparément les assurances concernant la torture.

[113] Compte tenu des considérations qui précèdent, je vais donc procéder au contrôle de la décision de l'agente d'ERAR en fonction de la norme de la décision manifestement déraisonnable. Il est bien connu que cette norme commande un degré élevé de retenue judiciaire de la part du tribunal saisi de la demande de contrôle judiciaire, étant donné que la décision manifestement déraisonnable a été qualifiée de décision « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la

[114] Moving on now to the officer's risk analysis of torture, it may be helpful to start with the relevant provisions of the PRRA Manual dealing with the procedure for making that assessment. The Manual provides as follows:

#### **10.12 Danger of torture**

The standard to be met by an applicant alleging danger of torture is defined in the legislation and is of belief on substantial grounds to exist. . . . Objective factual material must show a probability of danger to the claimant if returned to the country of origin.

#### **10.13 Making an objective assessment of the danger of torture**

The assessment of whether there are substantial grounds to believe the applicant would be personally subjected to a danger of torture is to be made on an objective basis. There is no requirement to prove a subjective fear. However, the danger must be personalized to the individual. As in the *Refugee Convention*, the assessment may be based on past events but is forward looking: the issue to be determined is whether events related by the applicant, together with all the other evidence, including country conditions at the time of the decision, show that the applicant would be subjected to torture, if returned. . . .

[115] The PRRA Manual also guides officers on the procedure for assessing the objective risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment:

#### **10.20 Assessing the objective risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment**

The assessment of whether there are substantial grounds to believe the applicant would be personally subjected to a risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment is evaluated on an objective basis. The risk must be personalized to the individual. The assessment may be based on past events but is forward looking: the issue to be determined is whether events related by the applicant, together with all the other evidence, including country conditions at the time of the decision, show that the applicant, if returned, would be subjected to a risk to life or of cruel and unusual treatment or punishment. . . .

raison » (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, précité, au paragraphe 52).

[114] Je passe maintenant à l'analyse du risque de torture à laquelle a procédé l'agente en l'espèce. Il peut être utile de commencer par reproduire les dispositions pertinentes du Guide d'ERAR portant sur la procédure à suivre pour procéder à cette évaluation :

#### **10.12 La menace de torture**

La norme qui gouverne la demande basée sur le risque de torture est définie à la loi comme la croyance que celui-ci existe et est fondé sur des motifs sérieux [. . .] Des documents et des faits objectifs doivent démontrer une probabilité de menace pour le demandeur s'il est retourné dans son pays d'origine.

#### **10.13 Procéder à un examen objectif d'une menace de torture**

L'examen visant à déterminer s'il y a des motifs sérieux de croire que le demandeur serait personnellement exposé à la menace de torture doit se faire sur une base objective. Il n'y a aucune exigence pour établir une crainte subjective. Cependant, le danger doit être inhérent à la personne. Tout comme dans la *Convention relative au statut des réfugiés*, l'examen peut porter sur des faits antérieurs mais axés sur l'avenir : la question à déterminer est de savoir si les faits relatés par le demandeur, ainsi que tous les autres éléments de preuve, incluant les conditions afférentes au pays au moment de la décision, démontrent que le demandeur serait exposé à la torture s'il était retourné dans son pays.

[115] Le Guide d'ERAR fournit quelques indications aux agents en ce qui concerne la procédure à suivre pour évaluer les menaces ou risques objectifs à la vie ainsi que les peines ou traitements cruels et inusités :

#### **10.20 L'examen de la menace ou du risque objectif à la vie ou de peines ou traitements cruels et inusités**

L'examen servant à déterminer s'il existe des motifs importants de croire que le demandeur serait personnellement exposé à une menace à sa vie ou au risque de peines ou de traitements cruels et inusités se fait sur une base objective. Le risque doit être inhérent à la personne. L'examen peut porter sur des faits passés mais est axé sur l'avenir : la question à déterminer est de savoir si les faits relatés par le demandeur, ainsi que tous les autres éléments de preuve, incluant les conditions afférentes au pays au moment de la décision, démontrent que le demandeur serait exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités, s'il était renvoyé dans son pays d'origine. [. . .]

All relevant considerations include the general situation in a country and, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.

[116] In their PRRA application, the Lais argued they would face torture and/or cruel and unusual treatment in China because others involved in the Yuan Hua case had been tortured and coerced into making confessions, their family members had been mistreated, Falun Gong members and human rights defenders are tortured in China—and finally, because of China’s general human rights record. The officer considered each of those claims and found the evidence did not satisfy her that the Lais faced a forward-looking risk of torture or mistreatment. She found, *inter alia*:

There was no objective evidence to link the mysterious prison deaths of Mr. Lai’s brother and accountant to a forward-looking risk to either applicant. There was not enough proof that the men were tortured. Nor was there evidence that anyone had requested—and been denied access to—autopsies into their deaths (PRRA reasons, at page 18);

The disclosed court judgments from China were not probative evidence that those involved in the Yuan Hua cases had been coerced or mistreated (PRRA reasons, at page 39);

Despite counsel’s attempts to indict China’s entire judicial system, the specific facts in this case did not suggest that those charged in the Yuan Hua cases had been denied due process or the right to a fair trial. There was no probative evidence that suggested anyone had been convicted unfairly, was denied legal counsel, or had been coerced into confessing (PRRA reasons, at page 41);

There was insufficient evidence to establish any statements from the 4-20 Investigation had been made under duress, although the officer acknowledged officials

Il y a lieu d’examiner tous les facteurs pertinents comme la situation générale du pays et la preuve d’atteintes répétées, graves, flagrantes et multiples aux droits humains par l’État visé, si le cas s’applique.

[116] Dans leur demande d’ERAR, les Lai soutiennent qu’ils seront exposés à la torture et/ou à des traitements cruels et inusités en Chine parce que d’autres individus impliqués dans l’affaire Yuan Hua ont été torturés et forcés de passer aux aveux, que les membres de leur famille ont été soumis à de mauvais traitements, que des membres du Falun Gong et des défenseurs des droits de la personne sont torturés en Chine et, enfin, en raison des antécédents généraux de la Chine en matière de respect des droits de la personne. L’agente a examiné à tour de rôle ces prétentions et a estimé que la preuve ne la convainquait pas que les Lai seraient exposés à l’avenir à un risque de torture ou à de mauvais traitements. Elle a notamment conclu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il n’y a pas d’éléments de preuve objectifs permettant d’établir un lien entre les mystérieux décès en prison du frère et du comptable de M. Lai et le risque auquel l’un ou l’autre des demandeurs serait exposé à l’avenir. Il n’y a pas suffisamment d’éléments de preuve tendant à démontrer que des hommes étaient torturés. Et il n’y a pas d’éléments de preuve suivant lesquels quelqu’un avait demandé—et s’était vu refuser—une autopsie au sujet de ces décès (motifs de l’agente d’ERAR, à la page 18);

Les jugements des tribunaux chinois déposés en preuve ne constituent pas des éléments de preuve probants que les personnes impliquées dans les affaires de Yuan Hua ont fait l’objet de coercition ou de mauvais traitements (motifs de l’agente d’ERAR, à la page 39);

Malgré les tentatives faites par l’avocat pour dénoncer tout le système judiciaire chinois, les faits spécifiques de la présente affaire ne permettent pas de penser que les personnes qui ont été accusées dans le cadre de l’affaire de la contrebande de Yuan Hua n’ont pas bénéficié d’une application régulière de la loi et d’un procès équitable. Il n’y a aucune preuve probante qui permette de penser que les individus qui ont été reconnus coupables dans le cadre de l’affaire de contrebande de Yuan Hua ont été injustement condamnés, qu’ils n’ont pas eu droit à un avocat ou qu’ils ont fait des aveux sous la contrainte (motifs de l’agente d’ERAR, à la page 41)

Il n’y a pas suffisamment d’éléments de preuve pour établir que les déclarations obtenues dans le cadre de l’enquête 4-20 ont été obtenus sous la contrainte, bien que l’agente

would not likely admit to such behaviour if it occurred (PRRA reasons, at page 19);

There was insufficient evidence that the Chinese government intends to incriminate the applicants with tainted evidence, obtained through duress, mistreatment and torture (PRRA reasons, at page 38)

Tao Mi's purported recantation was worth little weight, because her statement was not signed. Further, there was insufficient direct evidence to corroborate that Tao Mi had been tortured by Chinese authorities (PRRA reasons, at pages 29-30);

The unsigned statement purportedly dictated by Tao Mi was not probative evidence of a forward-looking risk to the applicants (PRRA reasons, at page 41);

[117] It is also noteworthy that the Board had examined the same evidence concerning the manner in which the Chinese authorities had treated the others from the Yuan Hua group of companies, including Tao Mi. The Board also concluded that they had not been tortured. While the Board accepted that detainees are mistreated in China, the Lais had not established mistreatment on a balance of probabilities with respect to any particular statement or confession obtained by 4-20 investigators (Tribunal record, Vol. 7, at pages 2048; 2143-2144).

[118] Thus, while the Lais continue to say there is evidence that others involved in the Yuan Hua companies were tortured and mistreated, the fact is that the officer found there was not a substantial likelihood that the Lais would be tortured or mistreated if returned to China. This entire line of complaint is based on the weight the officer assigned to the evidence, reviewable on the standard of patent unreasonableness.

[119] There was, indeed, ample evidence before the PRRA officer that was also before the Board, and she did refer to that evidence in her reasons (PRRA reasons,

reconnaisse que les fonctionnaires n'admettraient pas avoir agi de la sorte si tel était le cas (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 19);

Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que le gouvernement chinois cherche à incriminer les demandeurs au moyen d'éléments de preuve obtenus illégalement par la contrainte, de mauvais traitements et la torture (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 38);

La présumée rétractation de Tao Mi a peu de poids, parce que sa déclaration n'est pas signée. De plus, il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve directs pour corroborer que Tao Mi a été torturée par les autorités chinoises (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 29 et 30);

La déclaration non signée qu'aurait dictée Tao Mi ne constitue pas une preuve probante que les demandeurs seraient exposés à un risque à l'avenir (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 41).

[117] Il vaut également la peine de noter que la Commission avait examiné les mêmes éléments de preuve en ce qui concerne la façon dont les autorités chinoises avaient traité les autres personnes faisant partie des sociétés de Yuan Hua, y compris Tao Mi. La Commission a également conclu que ces personnes n'avaient pas été torturées. Bien que la Commission ait accepté que les détenus sont soumis à de mauvais traitements en Chine, les Lai n'ont pas établi, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils ont été soumis à de mauvais traitements en ce qui concerne les aveux ou les déclarations obtenus par les enquêteurs de l'équipe 4-20 (dossier du Tribunal, vol. 7, aux pages 2048, 2143 et 2144).

[118] Ainsi, bien que les Lai continuent à soutenir qu'il existe des éléments de preuve tendant à démontrer que d'autres personnes faisant partie des sociétés de Yuan Hua ont été torturées et soumises à de mauvais traitements, il n'en demeure pas moins que l'agente a conclu qu'il n'existait pas de sérieuse probabilité que les Lai soient torturés ou soumis à de mauvais traitements s'ils retournaient en Chine. Toute cette série de griefs repose sur la valeur que l'agente a accordée aux éléments de preuve, lesquels sont assujettis à la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable.

[119] L'agente d'ERAR disposait effectivement d'abondants éléments de preuve qui avaient également été portés à la connaissance de la Commission, et elle a

at pages 18-19). For example, Dr. Zhao Bing Zhi, defence counsel for two accused persons in the Yuan Hua smuggling operation, was before the Board for two days. He testified that his clients did not show any signs of physical mistreatment. The Board found Dr. Zhao was a credible witness. The chief investigator of the cigarette smuggling investigation case, Wu Jian Ping, also testified in person before the Board for four days. He took some statements himself and supervised other investigators taking statements. He testified that he and his 30 investigators conducted interviews in accordance with the law and did not mistreat any individuals questioned. The Board accepted investigator Wu's evidence on this point and found he was a credible witness. Wang Zhong Hua, the chief Chinese prosecutor in the case against Mr. Li, also testified before the Board for two days. He stated that none of Mr. Li's statements were obtained by means of mistreatment. He was also held to be a credible witness by the Board. Finally, there was the evidence of Li Yong Jun, the principal Chinese prosecutor of a team of eight who had prosecuted 19 people involved in the Yuan Hua smuggling and bribery scheme. He gave testimony before the Board for five days, and was found credible. The Board found no suggestion in his testimony that he participated in the mistreatment of any people subject to his team's prosecution.

[120] A Canadian immigration official also interviewed Mr. Li and Mr. Lai's brother, Lai Shui Qiang. The videotapes and transcripts of these interviews were adduced into evidence. In the tapes, both men affirmed to tell the truth to the immigration officer and said their statements to Chinese authorities were voluntary. They said they were under no physical or mental pressure to give the statements and had an opportunity to review and correct them before signing them.

effectivement cité ces éléments de preuve dans ses motifs (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 18 et 19). Par exemple, M<sup>e</sup> Zhao Bing Zhi, l'avocat de la défense qui représentait deux des accusés dans l'affaire du réseau de contrebande de Yuan Hua, a passé deux jours devant la Commission. Il a expliqué que ses clients ne montraient aucun signe de mauvais traitements physiques. La Commission a estimé que M<sup>e</sup> Zhao était un témoin crédible. L'enquêteur principal de l'équipe chargée de faire enquête sur le réseau de contrebande de cigarettes, Wu Jian Ping, a également témoigné en personne devant la Commission pendant quatre jours. Il a personnellement recueilli certaines déclarations et supervisait les autres enquêteurs qui recueillaient des déclarations. Il a témoigné que lui et ses 30 enquêteurs avaient mené les interrogatoires conformément à la loi et qu'ils n'avaient soumis à de mauvais traitements aucun des individus interrogés. La Commission a accepté le témoignage de M. Wu sur ce point et a estimé qu'il était un témoin crédible. M<sup>e</sup> Wang Zhong Hua, le procureur en chef chinois dans le procès instruit contre M. Li, a lui aussi témoigné devant la Commission pendant deux jours. Il a affirmé qu'aucune des déclarations de M. Li n'avait été obtenue au moyen de mauvais traitements. La Commission l'a lui aussi jugé crédible. Enfin, la Commission a entendu le témoignage de M<sup>e</sup> Li Yong Jun, le procureur principal chinois d'une équipe de huit procureurs qui avaient poursuivi 19 personnes impliquées dans les activités de contrebande et de corruption de Yuan Hua. Il a témoigné devant la Commission pendant cinq jours et a été jugé crédible. La Commission n'a rien décelé dans son témoignage qui lui aurait permis de penser qu'il aurait participé aux mauvais traitements qu'auraient subis les personnes poursuivies par son équipe.

[120] Un fonctionnaire canadien de l'immigration a également interrogé M. Li et son frère, Lai Shui Qiang. Les bandes vidéos et la transcription de ces entrevues ont été déposées en preuve. Dans les vidéos, les deux hommes jurent de dire la vérité à l'agent d'immigration et affirment que les déclarations qu'ils ont faites aux autorités chinoises étaient volontaires. Ils ajoutent qu'ils n'ont été soumis à aucune pression physique ou mentale lorsqu'ils ont fait leurs déclarations et précisent qu'on leur a donné la possibilité de les revoir et de les corriger avant de les signer.

[121] I appreciate the Lais' submission that victims of torture are not likely to come forward and state openly that they have been tortured if they are still under the control of state authorities. At the same time, one should not speculate about what may have happened or infer that some or all of the persons convicted in the Yuan Hua smuggling scheme were tortured just because China's record on this issue is far from commendable. Once again, it is not for this Court to reweigh the evidence, absent an error of fact made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before the PRRA officer (*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27]).

[122] The Lais submit the officer should have found that the affidavits affirmed by Clive Ansley and his assistant, attaching an unsigned statement said to be from Tao Mi, established torture. At paragraph 80 of this decision, I rejected the applicants' argument that the officer was obliged to call a hearing if she questioned the identity of the person claiming to be Tao Mi. But the officer went further. Despite her doubts about who authored the unsigned statement, she nevertheless considered it and concluded as follows, at page 41 of her reasons:

I find that the unsigned statement said to have been dictated by Tao Mi [recanting her previous testimony regarding her knowledge of Lai Cheong Sing and Tsang Ming Na's smuggling activities and recounting her treatment at the hands of Chinese authorities which counsel submits equated to torture and mistreatment] is not probative or significantly determinative of forward-looking risk to the applicants.

[123] The officer also considered the Lais' claim that members of the Falun Gong and human rights defenders were tortured and/or mistreated and concluded the Lais were not similarly situated because they were neither

[121] Je suis sensible à l'argument des Lai suivant lequel il est peu probable que les victimes de torture se manifestent et déclarent ouvertement qu'elles ont été torturées si elles sont toujours assujetties au contrôle des autorités de l'État. Par ailleurs, on ne doit pas émettre d'hypothèses sur ce qui aurait pu se produire ou inférer du dossier peu reluisant de la Chine dans ce domaine que la totalité ou une partie des personnes qui ont été reconnues coupables de contrebande dans l'affaire de Yuan Hua ont effectivement été torturées. Je répète que notre Cour ne peut apprécier de nouveau la preuve, à moins d'être convaincue que l'agente d'ERAR s'est fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait (*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27]).

[122] Les Lai font valoir que l'agente aurait dû conclure que les affidavits souscrits par M<sup>c</sup> Clive Ansley et par son assistante, et auxquels était jointe une déclaration non signée attribuée à Tao Mi, établissaient que des actes de torture avaient été commis. Au paragraphe 80 du présent jugement, j'ai écarté l'argument des demandeurs suivant lequel l'agente avait l'obligation de tenir une audience si elle remettait en question l'identité de la personne qui affirmait être Tao Mi. Mais l'agente est allée plus loin. En dépit des doutes qu'elle avait au sujet de l'auteur de la déclaration non signée, elle a néanmoins tenu compte de cette déclaration, concluant ce qui suit, à la page 41 de ses motifs :

[TRADUCTION] J'estime que la déclaration non signée qui aurait été dictée par Tao Mi [rétractant son témoignage précédent au sujet de ce qu'elle connaissait des activités de contrebande de Lai Cheong Sing et de Tsang Ming Na et relatant la façon dont les autorités chinoises l'avaient traitée et qui, aux dires de son avocat, équivalait à de la torture et à de mauvais traitements] n'est pas probante et qu'elle n'établit pas de façon déterminante les risques auxquels les demandeurs seraient exposés à l'avenir.

[123] L'agente s'est également attardée à l'argument des Lai suivant lequel des membres du Falun Gong et des défenseurs des droits de la personne sont torturés et/ou soumis à de mauvais traitements en Chine et elle a



Falun Gong practitioners nor human rights defenders (PRRA reasons, at pages 28, 30, 39, 40 and 41).

[124] The officer then considered the Lais' claim that Ms. Tsang's father had been mistreated by Chinese authorities. She concluded the hearsay affidavits from Ms. Tsang's sister, the only evidence provided to support this claim, had limited probative value and did not establish forward-looking risks under subsection 97(1) of the IRPA (PRRA reasons, at page 28). It is noteworthy that the same two hearsay affidavits from Ms. Tsang's sister were before the Board in 2001 and Ms. Tsang was cross-examined on them. That cross-examination evidence was also before the PRRA officer. The Board found Ms. Tsang's evidence and her sister's affidavits were inconsistent and gave them little weight (Tribunal record, Vol. 8, at pages 2342-2343).

[125] As discussed previously, the Lais complain about the weight the officer gave to Ms. Tsang's sister's affidavits, seemingly because they were not provided an oral hearing to explain them. A decision maker is not required to give great weight to affidavit evidence merely because the affiant has not been cross-examined (see paragraph 80 of this decision). It was not patently unreasonable for the officer to give the uncorroborated hearsay affidavits limited probative value.

[126] As I also discussed, the PRRA officer looked at the press release detailing the UN Special Rapporteur on Torture's visit to China. She noted that, according to that report, the practice of torture in China is on the decline but remains widespread, and China has undertaken practical measures to combat it. The press release also noted the absence of essential procedural safeguards necessary to make the prohibition on torture effective and that the problem of torture cannot be

conclu que les Lai ne se trouvaient pas dans la même situation parce qu'ils n'étaient ni des adeptes du Falun Gong ni des défenseurs des droits de la personne (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 28, 30, 39, 40 et 41).

[124] L'agente a ensuite examiné l'affirmation des Lai suivant laquelle les autorités chinoises avaient infligé de mauvais traitements au père de M<sup>me</sup> Tsang. Elle a conclu que les affidavits fondés sur des oui-dire souscrits par la sœur de M<sup>me</sup> Tsang, qui étaient les seuls éléments de preuve présentés à l'appui de cette affirmation, avaient une valeur probante limitée et n'établissaient pas que les demandeurs seraient exposés à un risque à l'avenir au sens du paragraphe 97(1) de la LIPR (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 28). Il vaut la peine de noter que les deux mêmes affidavits fondés sur des oui-dire et souscrits par la sœur de M<sup>me</sup> Tsang avaient été soumis à la Commission en 2001 et que M<sup>me</sup> Tsang avait été contre-interrogée à leur sujet. Les éléments de preuve recueillis lors de ce contre-interrogatoire avaient également été portés à la connaissance de l'agente d'ERAR. La Commission a estimé que le témoignage de M<sup>me</sup> Tsang et les affidavits de sa sœur se contredisaient et elle leur a accordé peu de poids (transcription, vol. 8, aux pages 2342 et 2343).

[125] Comme je l'ai mentionné précédemment, les Lai reprochent à l'agente le peu de valeur que celle-ci a accordée aux affidavits souscrits par la sœur de M<sup>me</sup> Tsang, vraisemblablement parce qu'elle ne leur a pas accordé d'audience pour les expliquer. Le décideur n'est pas tenu d'accorder beaucoup de poids à un affidavit simplement parce que son auteur n'a pas été contre-interrogé (voir paragraphe 80 de la présente décision). Il n'était pas manifestement déraisonnable de la part de l'agente d'accorder une valeur probante limitée à des affidavits relatés non corroborés.

[126] Comme je l'ai également déjà signalé, l'agente d'ERAR a pris acte d'un communiqué de presse relatant la visite effectuée en Chine par un Rapporteur spécial de l'ONU sur la torture. Elle a fait remarquer que, suivant ce rapport, le recours à la torture en Chine est en baisse mais demeure répandu, et la Chine a pris des mesures concrètes pour le combattre. Le communiqué de presse signalait aussi l'absence de garanties procédurales essentielles nécessaires pour garantir l'efficacité de

brought under effective control in the absence of an independent judiciary in China (PRRA reasons, at pages 16-17).

[127] The officer also wrote, at page 20 of her decision, that she considered continuing reports that torture is still used to coerce confessions from criminal suspects, without elaborating on the subject (PRRA reasons, at page 20). In the 2005 U.S. Department of State, *Country Report on Human Rights Practices*, which the officer had before her, we read:

The law forbids prison guards from extorting confessions by torture, insulting prisoners' dignity, and beating or encouraging others to beat prisoners; however, police and other elements of the security apparatus employed torture and degrading treatment in dealing with some detainees and prisoners. Officials acknowledged that torture and coerced confessions were chronic problems and began a campaign aimed at curtailing these practices. Former detainees credibly reported that officials used electric shocks, prolonged periods of solitary confinement, incommunicado detention, beatings, shackles, and other forms of abuse.

...

During the year police continued to use torture to coerce confessions from criminal suspects, although the government made efforts to address the problem of torture. A one-year campaign by the Supreme People's Procuratorate (SPP) to punish officials who infringed on human rights, including coercing confessions through torture or illegally detaining or mistreating prisoners, ended in May. The campaign uncovered more than 3,700 cases of official abuse.

[128] It is in the context of these findings that one must look at the diplomatic assurance against torture or mistreatment. The Minister argues the assurances were sought as a cautionary measure, that the note was just another piece of evidence for the officer to use when assessing the risk of torture or mistreatment. According

l'interdiction de recourir à la torture et précisait que l'on ne pouvait venir à bout du problème de la torture s'il n'existait pas une magistrature indépendante en Chine (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 16 et 17).

[127] L'agente a également écrit, à la page 20 de sa décision, qu'elle avait tenu compte de rapports suivant lesquels on recourt toujours à la torture pour contraindre des suspects à passer aux aveux, sans toutefois approfondir le sujet (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 20). Voici, à cet égard, un extrait du Rapport de 2005 du Département d'État des États-Unis sur la situation des droits de la personne (U.S. Department of State, *Country Report on Human Rights Practices*), que l'agente avait également en mains :

[TRADUCTION] La loi interdit aux gardiens de prison de soutirer des aveux au moyen de la torture, de porter atteinte à la dignité des prisonniers ou de battre les prisonniers ou d'inciter d'autres personnes à le faire. Cependant, la police et d'autres intervenants de l'appareil de sécurité font appel à la torture et à des traitements dégradants lorsqu'ils ont affaire à des personnes sous garde ou des prisonniers. De hauts fonctionnaires reconnaissent que la torture et les aveux obtenus sous la contrainte constituent des problèmes chroniques, mais ils n'ont pas pris de mesures suffisantes pour y mettre fin. Suivant les déclarations crédibles de certains ex-détenus, les détenus sont soumis à des électrochocs, à l'isolement prolongé, à la détention secrète, à l'absence de contacts avec l'extérieur, à des passages à tabac, à l'imposition de fers et de chaînes et à d'autres formes de violence.

[...]

Au cours de l'année, la police a continué de recourir à la torture pour soutirer des aveux à des suspects, malgré les efforts déployés par le gouvernement pour résoudre le problème de la torture. Une campagne d'un an lancée par le Bureau du Procureur populaire suprême pour punir les fonctionnaires qui violent les droits de la personne notamment en soutirant des aveux par la torture, la détention illégale des prisonniers ou l'infliction de mauvais traitements à ceux-ci, a pris fin en mai. La campagne a mis au jour plus de 3 700 cas d'abus de pouvoir de la part des autorités.

[128] C'est dans le contexte de ces conclusions qu'on doit examiner les assurances diplomatiques portant sur la torture et les mauvais traitements. Le ministre soutient que les assurances ont été demandées à titre de mesure de précaution et que la note diplomatique n'était qu'un élément de preuve parmi d'autres dont l'agente pouvait

to the Minister, the fact that Canada raised the issue of an assurance against torture when discussing the assurance against the death penalty does not establish the Lais would have been at a substantial risk had the request not been made. As a result, the onus remained on the Lais to satisfy the PRRA officer on objective grounds that they would more likely than not be tortured or mistreated in China. The Minister claims they did not meet that burden. Even if I were to find the officer erred by concluding the assurance against torture was reliable, the Minister submits the overall decision should stand because this was not a critical finding.

[129] While this may look like an appealing argument at first sight, I do not find it persuasive. Indeed, it appears from the structure of the officer's reasoning that she balanced evidence of the widespread use of torture in China against the assurances, concluding the Lais would not be tortured because of the assurance. At page 20 of her decision, she wrote:

I have made a separate assessment of the assurances against torture. I note that consideration of an application for protection has to be made keeping in mind current documentary evidence, but also putting it in proper context. The evidence before me has a great deal to say about the troubling existence of torture used by Ministry of Public Security officials, despite China's being a signatory to the Convention Against Torture. On the one hand, Canada has been given assurances that no death penalty will result should Lai Cheong Sing be removed to China, nor will torture be enacted against him. Against this backdrop is public source information about the use of torture to coerce confessions out of suspects.

[130] Equally relevant is that a good portion of the officer's final summary of her findings focused on the assurances and their reliability regarding torture (PRRA reasons, at pages 34-38). A close reading of that summary reveals the officer clearly attached great weight to the assurances. While I have already cited the

tenir compte pour évaluer les risques de torture ou de mauvais traitements. Suivant le ministre, le fait que le Canada a soulevé la question des assurances relatives à la torture lors des discussions sur les assurances portant sur la peine de mort ne démontre pas que les Lai courraient un risque sérieux si cette demande n'avait pas été faite. Il incombait donc toujours aux Lai de convaincre l'agente d'ERAR, au moyen de raisons objectives, qu'il serait plus probable qu'improbable qu'ils subissent de la torture ou de mauvais traitements en Chine. Le ministre affirme qu'ils ne se sont pas acquittés de ce fardeau. Il ajoute que, même si je devais conclure que l'agente a commis une erreur en concluant que les assurances données au sujet de la torture sont fiables, sa décision devrait être confirmée parce qu'il ne s'agit pas d'une conclusion déterminante.

[129] Bien que cet argument puisse sembler séduisant de prime abord, je ne le trouve pas convaincant. Il ressort en effet de la structure du raisonnement de l'agente que celle-ci a mis en balance les éléments de preuve relatifs au recours généralisé à la torture en Chine avec les assurances qui avaient été données, concluant que les Lai ne seraient pas torturés, sur la foi de ces assurances. Voici ce qu'elle écrit, à la page 20 de sa décision :

[traduction] J'ai évalué séparément les assurances données au sujet de la torture. Je tiens à signaler que l'examen d'une demande doit se faire en tenant compte des éléments de preuve documentaire portant sur la situation actuelle mais qu'il faut également les situer dans leur contexte. Les éléments de preuve dont je dispose font largement état du recours troublant à la torture par les fonctionnaires du ministère de la Sécurité publique, malgré le fait que la Chine soit un des signataires de la Convention contre la torture. En revanche, le Canada a obtenu des assurances suivant lesquelles les Lai ne seront pas condamnés à la peine de mort et ne seront pas soumis à la torture s'ils sont renvoyés en Chine. C'est sur cette toile de fond que l'on doit situer les renseignements de source publique portant sur le recours à la torture pour obtenir sous la contrainte des aveux de la part de suspects.

[130] Je trouve également pertinente une bonne partie du résumé final de ses conclusions dans lequel l'agente s'attache aux assurances et à leur fiabilité en ce qui concerne la torture (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 34 à 38). Une lecture attentive de ce résumé révèle que l'agente a, de toute évidence, accordé

following excerpt from page 35 of the officer's decision, I reproduce it again for convenience:

Counsel appears to be conflating his view of the noted deficiencies in Chinese law and practice with his opinion that the diplomatic note will not be sufficient to protect the applicants from either the death penalty or torture. I find, based on my consideration of the evidence, that the Government has the ability to ensure that the full terms of the diplomatic note will be abided by, in other words, that neither of the applicants will face either the death penalty, or a suspended death sentence, or be subjected to torture, or cruel and unusual mistreatment or punishment. I do not agree that the absence of a mechanism to monitor the compliance of the Chinese government with the terms of the note is to be interpreted as rendering the note itself unreliable. Having regard to the nature and format of the diplomatic assurance, the correspondence that took place between Canadian and Chinese representatives to establish the terms of the assurance, and the identity of the applicants, I do not accept counsel's argument that I should dismiss this diplomatic assurance on the basis that its terms cannot be guaranteed without some kind of diplomatic sanction behind it or a mechanism to monitor its compliance.

[131] In short, the Minister's argument simply does not reflect the substance of the PRRA officer's reasons. To accept it would distort the officer's reasoning and findings. The assurances were clearly central to her assessment of the risks mentioned in section 97 of the IRPA, and I have not been convinced that she would have come to the same conclusion had there been no diplomatic note. As a result, I must carefully review what she said about those assurances to determine whether she erred or not, as it plainly had an impact on her ultimate decision.

[132] Now, what did the officer have to say about the diplomatic note and the assurances found therein? I have already summarized her main findings at paragraph 38 of my reasons. It is worth emphasizing, however, that she was well aware of the flaws and pitfalls inherent in diplomatic assurances and of the criticisms and warnings leveled by a number of human rights organizations with

beaucoup de poids aux assurances. Bien que j'aie déjà cité l'extrait suivant tiré de la page 35 de la décision de l'agente, je le reproduis une fois de plus par souci de commodité :

[TRADUCTION] L'avocat semble vouloir faire un lien entre son opinion au sujet des lacunes relevées dans le droit et la pratique chinois et son avis que la note diplomatique ne suffira pas pour protéger les demandeurs contre la peine de mort ou la torture. Après examen de la preuve, je conclus que le gouvernement est en mesure de garantir que la note diplomatique sera respectée dans son intégralité, en d'autres mots, qu'aucun des demandeurs ne risque d'être condamné à la peine de mort ou d'être exposé au risque d'être soumis à la torture ou à des traitements ou peines cruels et inusités. Je ne suis pas d'accord pour dire que l'absence de mécanisme permettant de vérifier si le gouvernement chinois a respecté les modalités de la note doit être interprétée comme enlevant toute fiabilité à la note elle-même. Compte tenu de la nature et de la forme des assurances diplomatiques, de la correspondance échangée entre les représentants canadiens et les représentants chinois pour définir les modalités des assurances en question et de l'identité des demandeurs, je n'accepte pas l'argument de l'avocat suivant lequel je devrais écarter les assurances diplomatiques en question au motif que leur respect ne peut être garanti si elles ne sont pas assorties d'une sorte de sanction diplomatique ou d'un mécanisme permettant d'en vérifier le respect.

[131] Bref, l'argument du ministre ne correspond tout simplement pas à l'essence des motifs de l'agente d'ERAR. Accepter cet argument fausserait le raisonnement et les conclusions de l'agente. Les assurances ont de toute évidence joué un rôle déterminant dans l'évaluation qu'elle a faite des risques mentionnés à l'article 97 de la LIPR, et on ne m'a pas convaincu qu'elle en serait venue à la même conclusion s'il n'y avait pas eu de note diplomatique. En conséquence, je dois examiner attentivement ce qu'elle a dit au sujet de ces assurances pour décider si elle a commis une erreur ou non, car cela a de toute évidence influencé sa décision finale.

[132] Or, qu'est-ce que l'agente avait à dire au sujet de la note diplomatique et des assurances qu'on y trouve? J'ai déjà résumé ses principales conclusions au paragraphe 38 de mes motifs. Il vaut toutefois la peine de souligner qu'elle était bien consciente des lacunes et des embûches inhérentes aux assurances diplomatiques, ainsi que des critiques et des mises en garde formulées

respect to the use of these notes. Indeed, the officer started her analysis with a quote from a Human Rights Watch report released in April 2005, entitled “Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture” [(2005), 17 *Human Rights Watch* No. 4(D)]. The report includes a disparaging critique of the Board’s decision in the *Lai* case (Tribunal record, Vol. 4, page 1071; PRRR reasons, at pages 9-10).

[133] But more importantly, in her summary of findings, the officer also referred to a joint report issued by Amnesty International, Human Rights Watch and the International Commission of Jurists (the Joint Report). The Joint Report calls upon member states of the Council of Europe to reject any proposals to establish minimum standards for the use of diplomatic assurances against the risk of torture (“Reject rather than Regulate: Call on Council of Europe Member States not to Establish Minimum Standards for the Use of Diplomatic Assurances in Transfers to Risk of Torture and Other Ill-treatment”, December 2, 2005; Tribunal record, Vol. 1, at pages 170-223). According to the Joint Report, diplomatic assurances are not an effective safeguard against torture. Furthermore, they violate the absolute prohibitions against torture and against forcibly sending a person to a country where there are substantial grounds for believing that he may be subjected to these treatments. She also noted the essential argument against diplomatic assurances is that they are, in and of themselves, an acknowledgement that a risk of torture exists in the receiving country, and that a signatory to the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36] has no reason to have to guarantee that no such mistreatment will occur.

[134] While conceding that these were strong arguments, the officer nevertheless found these

par plusieurs organisations de défense des droits de la personne relativement à l’utilisation de ces notes. D’ailleurs, l’agente a entamé son analyse en citant un rapport de Human Rights Watch d’avril 2005 intitulé « Toujours en danger : les assurances diplomatiques ne protègent pas de la torture » [(2005), 17 *Human Rights Watch*, n° 4(D)] [Développements survenus depuis avril 2004 au sujet des assurances diplomatiques]. On trouve dans ce rapport une critique très sévère de la décision de la Commission dans l’affaire *Lai* (dossier du Tribunal, vol. 4, à la page 1071; motifs de l’agente d’ERAR, aux pages 9 et 10).

[133] Mais l’aspect le plus important est le fait que, dans le résumé de ses conclusions, l’agente cite également un rapport conjoint publié par Amnesty Internationale, Human Rights Watch et la Commission internationale des juristes (le rapport conjoint). Le rapport conjoint invite les États membres du Conseil de l’Europe à rejeter toute proposition visant à établir des normes minimales relatives à l’usage d’assurances diplomatiques dans les transferts de personnes risquant la torture (« Reject rather than Regulate : Call on Council of Europe Member States not to Establish Minimum Standards for the Use of Diplomatic Assurance in Transfers to Risk of Torture and Other Ill-treatment », 2 décembre 2005; dossier du Tribunal, vol. 1, aux pages 170 à 223). Suivant le rapport conjoint, les assurances diplomatiques ne constituent pas une protection efficace contre la torture. De plus, elles violent l’interdiction absolue de la torture et du renvoi forcé d’une personne vers un pays où il y a des raisons sérieuses de penser qu’elle risque d’être victime de tortures ou de mauvais traitements. L’agente mentionne également l’argument essentiel invoqué contre les assurances diplomatiques, en l’occurrence le fait qu’elles constituent en elles-mêmes une reconnaissance de l’existence d’un risque de torture dans le pays d’accueil et le fait qu’un pays signataire de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, [10 décembre 1984, [1987 R.T. Can. n° 36] n’a aucune raison d’avoir à garantir que ces mauvais traitements ne seront pas exercés.

[134] Tout en reconnaissant la force de ces arguments, l’agente a néanmoins estimé que ces

considerations were offset here by the international publicity surrounding the Lais' case. She wrote, at pages 36-37 of her decision:

I have noted the report's conclusion that any such assurances are inherently unreliable as they are founded on trust that the receiving state will uphold its word when there is no basis for that trust. I find that while these considerations are well-received, they do not factor in other elements germane to the issue, such as, for example, the media interest in the applicants, the fact that a representative of the People's Republic of China was the first to broach the idea of offering an assurance that later became a diplomatic note, the disclosure to the media and to the public in general, both in Canada and China and internationally of the existence of such an assurance, and China's own position and placement in the world.

...

I note Human Rights Watch's statement that there is ample evidence to suggest that diplomatic assurances have not worked; HRW reports that the practice of seeking diplomatic assurances against torture and ill-treatment is a global phenomenon. Human Rights Watch's focus is on this international perspective, in its campaign to request that Council of Europe member states reject any proposals to establish standards for the use of diplomatic assurances, but my analysis is centered on the possibility of forward-looking risk to the applicants. The stance of the applicants is that the existence of the diplomatic assurance will do nothing to protect them against risk. The evidence before me is not sufficient for me to find that the People's Republic of China has reneged on previous assurances it has made, notwithstanding counsel's arguments on this ground. I find that in this particular case, for all the reasons already discussed previously, the Government of the People's Republic of China will abide by the assurances contained in the Diplomatic Note.

[135] It is abundantly clear that the PRRA officer was swayed, at the end of the day, by her assumption that the Lais would be protected by their own notoriety. This was, in fact, a recurrent theme in her reasons. And in my opinion, this is precisely where she erred. The officer might have been right to distinguish between an international campaign discouraging states from relying

considérations étaient contrebalancées par la publicité internationale entourant l'affaire des Lai. Elle écrit ce qui suit, aux pages 36 et 37 de sa décision :

[TRADUCTION] J'ai pris acte de la conclusion du rapport au sujet du manque inhérent de fiabilité de ces assurances en raison du fait qu'elles sont fondées sur la confiance en l'assurance donnée par le pays d'accueil, alors que rien ne justifierait cette confiance. J'estime que, bien que légitimes, ces considérations ne tiennent pas compte d'autres aspects pertinents, comme par exemple l'intérêt que les médias ont manifesté envers les demandeurs, le fait que c'est un représentant de la République populaire de Chine qui a été le premier à évoquer l'idée d'offrir des assurances qui ont par la suite pris la forme d'une note diplomatique, la divulgation tant au Canada qu'en Chine et à l'échelle planétaire de l'existence de ces assurances, et la situation et la position de la Chine elle-même dans le monde.

[...]

Je prends acte de l'affirmation de Human Rights Watch selon laquelle il existe des preuves abondantes tendant à démontrer l'inefficacité des assurances diplomatiques. Human Rights Watch reconnaît que l'usage consistant à demander des assurances diplomatiques concernant la torture et les mauvais traitements constitue un phénomène généralisé. Alors que Human Rights Watch se place du point de vue international pour justifier la campagne qu'il a lancée en vue d'inviter les États membres du Conseil de l'Europe à rejeter toute proposition visant à établir des normes relatives à l'usage d'assurances diplomatiques, mon analyse est axée sur la question de savoir si les demandeurs seraient exposés à des risques à l'avenir. La thèse des demandeurs est que l'existence des assurances diplomatiques ne leur fournit aucune protection adéquate contre ces risques. Malgré les arguments avancés par l'avocat sur ce point, j'estime que les éléments de preuve portés à ma connaissance ne sont pas suffisants pour me permettre de conclure que la République populaire de Chine est revenue sur les assurances qu'elle avait déjà données. Je conclus que, dans le cas qui nous occupe, pour les motifs déjà exposés, le gouvernement de la République populaire de Chine respectera les assurances contenues dans la note diplomatique.

[135] Il est indéniable qu'au bout du compte, l'agente d'ERAR était influencée par son hypothèse que les Lai seraient protégés par leur propre notoriété. C'est d'ailleurs un thème qui revient constamment dans ses motifs. Et, à mon avis, c'est précisément sur ce point qu'elle s'est méprise. L'agente aurait pu, à juste titre, faire la distinction entre, d'une part, une campagne

on diplomatic assurances, on the one hand, and a personalized assessment of a forward-looking risk of torture in a particular case. I am also prepared to accept, as the officer implicitly did, that in the absence of clear legal rules, domestic or international, foreclosing the possibility of relying on diplomatic assurances, the decision to seek and obtain such assurances in any given case and to rely on them to assess section 97 risks is a policy decision that is not reviewable by the courts. I would note, however, that such a position dangerously borders on cynicism. As stated in the aforementioned Joint Report [at page 2]:

. . . agreeing to enforce an exception to a receiving state's torture practices in an individual case has the effect of accepting the torture of others similarly situated in the receiving country. In other words, asking for the creation of such an island of supposed legality in the country of return amounts, or in any case comes dangerously close to the sending state accepting the ocean of abuse that surrounds it.

[136] Yet, the officer did not address two major flaws the applicants raised on the basis of the same reports she cited in her decision. First, there appears to be a growing consensus that diplomatic assurances should not be sought when the practice of torture is sufficiently systematic or widespread. In his report to the U.N. General Assembly of September 1, 2004 [*Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc. A/59/324, the U.N. Special Rapporteur on Torture looked at the *non-refoulement* obligations inherent in the absolute and non-derogable prohibition against torture and other forms of ill-treatment. Noting that all relevant considerations must be taken into account when determining whether there are substantial grounds for believing a person would be at risk of being subjected to torture, the Special Rapporteur expressed the view that in circumstances where there is a “consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights”, or of “systematic practice of torture,” “the principle of non-refoulement must be strictly observed and diplomatic assurances should not be resorted to.” (Report submitted pursuant to General Assembly

internationale visant à dissuader les États d'ajouter foi aux assurances diplomatiques, et, d'autre part, une évaluation personnalisée des risques de torture pour l'avenir dans un cas déterminé. Je suis également disposé à accepter, comme l'agente l'a fait implicitement, qu'à défaut de règles de droit internes ou internationales claires interdisant d'ajouter foi aux assurances diplomatiques, la décision consistant à demander et à obtenir de telles assurances dans un cas déterminé et de s'y fier pour évaluer les risques prévus à l'article 97 est une décision de principe qui échappe au pouvoir de contrôle des tribunaux. Je tiens toutefois à signaler qu'une telle façon de penser frise le cynisme. Ainsi qu'il est dit dans le rapport conjoint susmentionné :

[TRADUCTION] [. . .] créer des exceptions dans des cas particuliers en acceptant le recours à la torture dans le pays d'accueil revient à accepter la torture dans le cas d'autres personnes se trouvant dans une situation semblable dans le pays d'accueil. En d'autres termes, en réclamant la reconnaissance de la présumée légitimité de la torture dans le pays d'accueil, on s'approche dangereusement d'une acceptation, de la part du pays d'origine, des innombrables exactions qui accompagnent nécessairement la torture.

[136] Pourtant, l'agente a omis d'aborder deux graves lacunes que les demandeurs ont signalées en se fondant sur les mêmes rapports que ceux cités par l'agente dans sa décision. Premièrement, il semble que l'on s'accorde de plus en plus pour dire que l'on ne devrait pas demander d'assurances diplomatiques lorsque le recours à la torture est suffisamment systématique ou généralisé. Dans son rapport à l'Assemblée générale de l'ONU du 1<sup>er</sup> septembre 2004 [*Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines, ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. de L'ONU, A/59/324], le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture rappelle que le principe du non-refoulement fait partie intégrante de l'interdiction générale, absolue et impérative de la torture et des autres formes de mauvais traitements. Signalant que, pour déterminer s'il y a des motifs sérieux de croire qu'une personne risque d'être soumise à la torture, il faut tenir compte de toutes les considérations pertinentes, le Rapporteur spécial s'est dit d'avis que lorsqu'il existe, dans un pays, un « ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives [. . .] le principe de non-refoulement doit être strictement

resolution 58/164, UN Document A/59/324 [at paragraph 37]).

[137] The logic behind such a stand is easy to grasp. If a country is not prepared to respect a higher legal instrument that it has signed and ratified—in this case, the U.N. Convention Against Torture—why would it respect a lower-level instrument such as a diplomatic note, that is not binding in international law and not enforceable? At pages 13-14 of the Joint Report, Human Rights Watch, Amnesty International and the International Commission of Jurists elaborate further on this dilemma:

As noted by the Council of Europe's Commissioner for Human Rights "the weakness inherent in the practice of diplomatic assurances lies in the fact that where there is a need for such assurances there is clearly an acknowledged risk of torture and ill-treatment." The value of signing an "understanding" or accepting an "assurance" from a state that does not respect even legally-binding multi-lateral agreements prohibiting torture and other ill-treatment is necessarily cheap. Promises to take measures detailed in diplomatic assurances are mere repetitions—indeed, pale echoes—of treaty and other international obligations which receiving states have already promised but failed to respect in the past.

The reliance on such non-binding agreements to enforce legally binding obligations may, in fact, undercut the credibility and integrity of universally binding legal norms and their system of enforcement. This is particularly the case if authorities in a country have persistently refused access to existing international mechanisms. [Footnotes omitted.]

[138] The PRRA officer acknowledged numerous reports attesting to the fact that the use of torture in China is still widespread. She admitted, at page 20 of her decision, that the evidence speaks of the "troubling existence" of torture as a tool in China, despite being a signatory to the U.N. Convention against Torture. However, the PRRA officer nevertheless failed to assess whether it was appropriate to rely on diplomatic assurances at all from the Government of China. This

respecté et qu'il convient de ne pas recourir aux assurances diplomatiques » (Rapport soumis en application de la résolution 58/164 de l'Assemblée générale, Document de l'ONU A/59/324 [au paragraphe 37]).

[137] La logique qui sous-tend cette position est facile à saisir. Si un pays n'est pas disposé à respecter un instrument juridique supérieur qu'il a signé et ratifié — en l'occurrence la Convention des Nations Unies contre la torture —, pourquoi respecterait-il un instrument de moindre importance comme une note diplomatique, qui n'a aucune force obligatoire et qui n'est pas exécutoire en droit international? Aux pages 13 et 14 de leur rapport conjoint, Human Rights Watch, Amnesty Internationale et la Commission internationale des juristes développent leur pensée sur ce dilemme :

[TRADUCTION] Comme le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a déclaré, à propos des assurances diplomatiques : « la faiblesse inhérente à cette pratique tient au fait que de telles assurances ne sont nécessaires que parce qu'il existe manifestement un risque constaté de tortures ou de mauvais traitements. La valeur de la signature d'un « accord » ou de l'acceptation des « assurances » données par un État qui ne respecte même pas des accords multilatéraux juridiquement contraignants qui interdisent la torture et les autres mauvais traitements est nécessairement faible. Les assurances diplomatiques ne sont que de simples répétitions—en fait, un faible écho—des obligations internationales que les États d'accueil se sont déjà engagés à respecter, notamment par traité, mais qu'ils ont violées dans le passé.

S'appuyer sur des accords bilatéraux non contraignants comme les assurances diplomatiques pour assurer le respect d'obligations juridiquement obligatoires met à mal la crédibilité et l'intégrité des normes juridiques universelles et de leur système de mise en application, ce qui est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit d'un pays qui refuse systématiquement tout recours aux mécanismes internationaux déjà existants. [Notes omises.]

[138] L'agente d'ERAR a reconnu que de nombreux rapports confirmaient que le recours à la torture est encore répandu en Chine. Elle a admis, à la page 20 de sa décision, que la preuve témoignait de [TRADUCTION] « l'existence troublante » de la torture en Chine, malgré le fait que celle-ci soit un des pays signataires de la Convention des Nations Unies contre la torture. L'agente d'ERAR ne s'est toutefois pas demandée s'il y avait lieu d'ajouter foi aux assurances diplomatiques



analysis is simply not engaged. The officer moved from the overall pattern of torture in China to considering the Lais' particular case, without ever deciding whether it was at all appropriate to do so in light of the overall pattern. I agree with the Lais that this is, in itself, patently unreasonable.

[139] But there is more. Even in those situations where there may not be a pattern but where there is a risk of torture or other forms of ill-treatment in an individual case, an assurance should at the very least fulfill some essential requirements to ensure that it is effective and meaningful. Contrary to the death penalty, which usually takes place in the open and is therefore easier to ascertain, torture is practised behind closed doors and is denied by the states where it occurs. Indeed, officials that engage in those practices are usually skilled at preventing any visible manifestations and adept at ensuring, through threats, that no complaints will ever be made. As the above-mentioned three non-governmental organizations wrote, at page 12 of the Joint Report:

Torture and other ill-treatment, especially when practised by persons adept at hiding their infliction and consequences, are notoriously difficult to ascertain even where systemic, varied and professional visiting or monitoring and other preventive mechanisms are in place, let alone through the sole mechanism of occasional visits. In contrast, in the case of the death penalty, facts such as the contents of charge sheets and sentences handed down by courts are easy to establish in many countries. Thus, in death penalty cases, potential breaches of the assurances can usually be identified and addressed before the sentence is carried out, in contrast to cases involving diplomatic assurances against torture and other ill-treatment, where sending states run the unacceptable risk of being able to identify a breach, if at all, only after torture and other ill-treatment have already occurred.

[140] The U.N. Special Rapporteur on Torture, in his above-quoted report of September 1, 2004, listed a

données par le gouvernement chinois. Elle ne s'est tout simplement pas livrée à cette analyse. Après avoir examiné la situation générale qui existe en Chine en ce qui concerne la torture, elle est passée à l'examen du cas particulier des Lai sans jamais décider s'il convenait de le faire, compte tenu de la situation générale. Je suis d'accord avec les Lai pour dire que cette façon de procéder était, en soi, manifestement déraisonnable.

[139] Mais il y a plus. Même dans les cas où il n'y a pas de répétition systématique d'actes de torture, mais où il existe un risque de torture ou d'autres formes de mauvais traitements dans un cas individuel, une assurance devrait à tout le moins répondre à certaines exigences pour être efficace et avoir un sens. Contrairement à la peine de mort, qui est habituellement exécutée au grand jour et qu'il est facile de vérifier, la torture est pratiquée en secret et les États où elle a lieu nient son existence. D'ailleurs, ceux qui se livrent à de telles pratiques sont habituellement passés maîtres dans l'art d'empêcher toute manifestation visible de leurs exactions et de s'assurer, par la menace, que les victimes ne portent jamais plainte. Ainsi que les trois organisations non gouvernementales susmentionnées l'écrivent, à la page 12 du rapport conjoint :

[TRADUCTION] Il est bien connu qu'il est très difficile de savoir s'il y a eu infliction de torture ou d'autres formes de mauvais traitements, surtout lorsque ces actes sont pratiqués par des personnes qui savent rendre leurs sévices et leurs conséquences indécélables et ce, même lorsqu'il existe des mécanismes de prévention, telles que des visites professionnelles et des contrôles, et encore moins lorsque le seul mécanisme prévu n'est qu'une visite occasionnelle. En revanche, dans le cas de la peine de mort, des faits vérifiables tels que les actes d'accusation et les sentences prononcées par les tribunaux sont faciles à établir dans bon nombre de pays. Dans le cas de la peine de mort, on peut habituellement dénoncer un manquement aux assurances diplomatiques concernant la peine de mort avant qu'une exécution n'ait lieu, tandis que, dans le cas des assurances diplomatiques portant sur la torture et les autres formes de mauvais traitements, le pays d'origine court le risque inacceptable d'être dans l'incapacité d'identifier une violation de ces assurances, et en tout cas, étant donné le secret qui entoure la torture, seulement après que la torture ou les mauvais traitements ont déjà eu lieu.

[140] Dans son rapport précité du 1<sup>er</sup> septembre 2004, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture

number of minimal conditions to make an assurance verifiable, including provisions with respect to prompt access to a lawyer, (video) recording of all interrogation sessions and recording of the identity of all persons present, prompt and independent medical examination, and forbidding incommunicado detention or detention at undisclosed places. He also added that there should be a system of effective monitoring which is prompt, regular and includes private interviews (see paragraphs 41-42 of his report).

[141] Even monitoring mechanisms have proven problematic. It has been noted, for example, that people who have suffered torture or other ill-treatment are often reluctant to speak out due to fear of retaliation against them and/or their families. It has even been argued that monitoring one or a few designated detainees (as opposed to systematic and general monitoring) could actually put those detainees in a worse position and leave members of their families more vulnerable to reprisals. This is why, in a more recent report, the U.N. Special Rapporteur on Torture expressed the view that post-return mechanisms do little to mitigate the risk of torture and have proven ineffective in both safeguarding against torture and as a mechanism of accountability (see Special Rapporteur on Torture, *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, UN Doc. A/60/316, August 30, 2005, at paragraph 46; see also U.N. High Commissioner for Human Rights, *Human Rights Day—Statement by UN High Commissioner for Human Rights Louise Arbour on Terrorists and Torturers*, New York, 7 December 2005).

[142] Once again, I find the PRRA officer erred by failing to determine whether the assurances met the essential requirements to make them meaningful and reliable. Assuming for the moment that assurances can, in the right circumstances, drastically mitigate the risk of

dresse une liste de conditions minimales qui doivent être remplies pour rendre une assurance vérifiable. Ainsi, ces assurances devraient au minimum comporter des dispositions relatives aux droits de pouvoir consulter rapidement un avocat, à l'enregistrement (audiovisuel) de tous les interrogatoires et à la mention dans les procès-verbaux de l'identité de toutes les personnes présentes, à la possibilité de bénéficier d'un examen médical indépendant dans un délai aussi bref que possible et à l'interdiction à la détention en secret ou à la détention dans des lieux tenus secrets. Le Rapporteur spécial ajoute qu'il est nécessaire de mettre en place un système de surveillance efficace, rapide et régulier, et d'inclure des entretiens privés (voir les paragraphes 41 et 42 de son rapport).

[141] Même les mécanismes de surveillance se sont avérés problématiques. On a constaté, par exemple, que les victimes de torture ou de mauvais traitements hésitent souvent à dénoncer les exactions par crainte de représailles contre elles-mêmes ou les membres de leur famille. On a même soutenu que le fait de ne contrôler qu'un seul détenu ou un petit groupe de détenus (par opposition à un contrôle général et systématique) pourrait en fait les placer dans une situation pire et rendre les membres de leur famille plus vulnérables. C'est la raison pour laquelle, dans un rapport plus récent, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a exprimé l'avis que les mécanismes de surveillance ultérieure n'atténuent guère le risque de torture et se sont révélés inefficaces tant pour préserver les individus de la torture que pour obliger les États à assumer leurs responsabilités (voir Rapporteur spécial sur la torture, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. de l'ONU A/60/316, 30 août 2005, au paragraphe 46; voir aussi Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Déclaration de M<sup>me</sup> Louise Arbour Haut-Commissaire aux droits de l'homme à l'occasion de la journée internationale des droits de l'homme—Des terroristes et des tortionnaires*, 7 décembre 2005).

[142] Une fois de plus, je conclus que l'agente d'ERAR a commis une erreur en ne déterminant pas si les assurances satisfaisaient aux conditions essentielles à remplir pour avoir un sens et pouvoir être considérées comme fiables. En supposant pour le moment que les

torture, she never engaged in any discussion about what those essential requirements might be, let alone whether those requirements were met. She simply wrote that the Lais' notoriety will protect them, and incidentally, that there is no evidence that China has reneged on any previous assurances. This last point can be dealt with quite easily. The PRRA officer's assertion rested on the testimony of one of the Minister's expert witnesses, John Holmes. He said that of the 10, 20 or 30 notes he had seen from the People's Republic of China during his career, he was not aware of any that were violated. But we know nothing of the nature of these notes and whether they provided assurances of the nature here at stake.

[143] As for their notoriety, I agree with the Lais that it is of no use if China's failure to comply with the assurance against torture does not become public. For torture to become known, however, there would have to be some compliance and verification mechanisms in place. More specifically, there would have to be an effective monitoring system by independent organizations like the International Committee of the Red Cross. If torture is practised without anybody ever knowing it, notoriety will be of no avail to the Lais. This should have been of particular concern to the PRRA officer, especially down the road, in 10, 15 or 20 years from now, when media attention will obviously have shifted to other high-profile cases. In failing to address this issue, and in skipping such an important step in her reasoning, the officer erred and came to a conclusion that was patently unreasonable.

#### (f) Fair Trial

[144] The Lais argue that the PRRA officer never concluded, on a balance of probabilities, whether they would receive a fair trial in China. As a result, they claim the summary of her findings (at least on this issue), already reproduced at paragraph 47 of these

assurances peuvent, dans une situation idéale, atténuer radicalement les risques de torture, force est de reconnaître que l'agente ne s'est jamais interrogée sur la nature de ces conditions essentielles et encore moins sur la question de savoir si ces conditions étaient remplies. Elle s'est contentée d'écrire que la notoriété des Lai protégerait et, accessoirement, que la preuve ne permettait pas de penser que la Chine était revenue sur les assurances déjà données. Ce dernier point peut être résolu très facilement. L'affirmation de l'agente d'ERAR reposait sur le témoignage d'un des témoins experts du ministre, John Holmes. M. Holmes avait déclaré que, sur les 10, 20 ou 30 notes diplomatiques émanant de la République populaire de Chine qu'il avait vues au cours de sa carrière, il n'en connaissait aucune qui n'avait pas été respectée. Mais nous ne savons rien de la nature de ces notes et on ignore si elles fournissaient des assurances de même nature que celles qui sont en cause dans le cas qui nous occupe.

[143] Quant à la notoriété, je suis d'accord avec les Lai pour dire qu'elle est illusoire si le défaut de la Chine de se conformer aux assurances relatives à la torture n'est jamais divulgué au public. Pour que l'on sache si des tortures ont été exercées, il faut qu'il existe un mécanisme de contrôle et de vérification. Pour être plus précis, il faudrait qu'il y ait un système de surveillance efficace appliqué par une organisation indépendante comme le Comité international de la Croix-Rouge. Si la torture est pratiquée à l'insu de tous, les Lai ne pourront en invoquer la notoriété. L'agente d'ERAR aurait dû tenir compte de ce facteur, d'autant plus que, dans 10, 15 ou 20 ans, l'attention des médias se sera de toute évidence déplacée vers d'autres affaires ayant un plus grand retentissement médiatique. En n'abordant pas cette question et en escamotant une étape aussi importante dans son raisonnement, l'agente a commis une erreur et a tiré une conclusion qui était manifestement déraisonnable.

#### f) Procès équitable

[144] Les Lai soutiennent que l'agente d'ERAR n'a jamais conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils bénéficieraient d'un procès équitable en Chine. Ils affirment, en conséquence, que le résumé de ses conclusions qui est déjà reproduit au paragraphe 47 des

reasons, is flawed because it is essentially a conclusion not resting on any previous findings.

[145] Moreover, they claim the PRRA officer did not clarify whether it was unlikely the Lais' trial would be unfair—or, that despite the likelihood of unfairness, it would not constitute a risk under subsection 97(1) of the IRPA. In either case, the Lais contend she was wrong. She could not decline and refuse to rule on that question. If, however, she is taken to have ruled that the applicants will not be at risk of cruel and unusual treatment despite the fact that their trial will fall short of international standards, she must have been wrong. It is the Lais' submission that an unfair trial, not compatible with internationally recognized norms, necessarily amounts to cruel and unusual treatment where the consequences of the trial is prolonged imprisonment. While the Lais recognize that not every criminal trial held in China is unfair, they contend that theirs will be as their case is highly politicized. They rely for that proposition, *inter alia*, on:

- The comments made by the former Chinese Prime Minister, who said of Mr. Lai that “he should have died three times and that is not even enough” (Board Exhibit A-21);
- An exhibit opened up by the Chinese government which displayed the “names of the main leading cadres who were recruited, corrupted, bribed and controlled by Lai Chang Xing” (Board Exhibits C-42 and A-34);
- The constant vilification of Mr. Lai by the Chinese news media (Board Exhibit C-42); and
- The fact that the Chinese government has already seized and auctioned off Mr. Lai's assets, thus showing that they are prepared to act on the presumption they have formed of his guilt (PRRA record, Vol. 2, Tab 26).

présents motifs est — du moins sur cette question — entaché d'erreurs parce qu'il constitue essentiellement une conclusion qui ne repose sur aucune des constatations antérieures.

[145] Les Lai soutiennent par ailleurs que l'agente d'ERAR n'a pas précisé s'il était peu probable que le procès des Lai soit inéquitable ou que, malgré le fait qu'il soit probablement inéquitable, il ne constituerait pas un risque prévu au paragraphe 97(1) de la LIPR. Les Lai affirment que, dans un cas comme dans l'autre, l'agente d'ERAR a eu tort. Elle ne pouvait refuser de se prononcer sur cette question. Toutefois, si l'on doit considérer qu'elle a estimé que les demandeurs ne seraient pas exposés à un risque de traitements cruels et inusités malgré le fait que leur procès ne répondait pas aux normes internationales, il faut conclure qu'elle a eu tort. Les Lai affirment qu'un procès inéquitable qui ne satisfait pas aux normes internationales reconnues équivaut nécessairement à un traitement cruel et inusité lorsque ce procès entraîne un emprisonnement prolongé. Bien que les Lai reconnaissent que les procès criminels qui ont lieu en Chine ne sont pas tous inéquitables, ils affirment que leur procès sera inéquitable parce qu'il est fortement politisé. Pour appuyer cette proposition, ils invoquent notamment :

- Les propos de l'ancien premier ministre chinois, qui a déclaré que M. Lai [TRADUCTION] « aurait dû mourir trois fois et ce n'est même pas assez » (pièce A-21 de la Commission);
- Un document consulté par le gouvernement chinois dans lequel figurait [TRADUCTION] « le nom des principaux cadres supérieurs que Lai Chang Xing avait recrutés, corrompus, achetés et contrôlés » (pièces C-42 et A-34 de la Commission);
- La diffamation constante dont M. Lai a fait l'objet de la part des journalistes chinois (pièce C-42 de la Commission);
- Le fait que le gouvernement chinois avait déjà saisi les biens de M. Lai et les avait vendus en justice, démontrant ainsi qu'ils sont disposés à agir sur le fondement de la présomption de culpabilité qu'ils ont

[146] As attractive as it may appear at first sight, I do not find this argument convincing. First of all, the officer did make some findings about the fair trial issue, although they were not necessarily isolated in their own particular section. After reviewing some specific trials of those involved in the Yuan Hua companies, for example, the officer found (PRRA reasons, at page 26):

The evidence before me does not indicate that any of the individuals in the Yuan Hua case were prevented from obtaining defence counsel, nor is there objectively identifiable evidence to indicate that defence counsel in these cases were constrained in representing their clients, were threatened, or came under any pressures from the Chinese authorities in making defence cases for their clients.

[147] The officer also looked at the manner in which evidence was obtained in the Yuan Hua prosecutions. Prosecutors intend to use the same evidence against the Lais when they are brought to trial in China. The officer wrote, at pages 38-39 of her decision:

. . . I cannot conclude that the evidence exists in the documentary material before me to indicate that coercion and/or torture or mistreatment of witnesses in the Yuan Hua trials took place and that the evidence that the government of China plans to present in order to incriminate the applicants is tainted evidence, obtained through duress and mistreatment and torture.

...

. . . the disclosed court judgments are not probative evidence that coercion and ill-treatment have been used on those involved in the Yuan Hua cases.

[148] The officer was entitled to come to these findings on the basis of the extensive evidence that she

établie dans son cas (dossier de l'agente d'ERAR, vol. 2, onglet 26).

[146] Bien qu'il puisse sembler séduisant à première vue, cet argument ne me convainc pas. En premier lieu, l'agente a bel et bien tiré certaines conclusions au sujet de l'équité du procès, bien qu'elle ne les ait pas nécessairement regroupées sous la même rubrique. Ainsi, après avoir examiné le procès de certaines des personnes impliquées dans l'affaire des sociétés de Yuan Hua, l'agente a conclu ce qui suit (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 26) :

[TRADUCTION] Les éléments de preuve portés à ma connaissance ne permettent pas de penser qu'on a empêché les personnes impliquées dans l'affaire de Yuan Hua de retenir les services d'un avocat de la défense, et il n'existe pas non plus d'éléments de preuve objectivement identifiables qui indiquent qu'on a empêché les avocats de la défense de représenter leurs clients, qu'on leur a fait des menaces ou que les autorités chinoises ont exercé des pressions sur eux dans la préparation de la défense de leurs clients.

[147] L'agente a également examiné la manière dont les éléments de preuve avaient été obtenus dans les procès de Yuan Hua. Les procureurs ont l'intention de se servir des mêmes éléments de preuve contre les Lai lorsqu'ils seront traduits en justice en Chine. L'agente écrit ce qui suit, aux pages 38 et 39 de sa décision :

[TRADUCTION] [. . .] Je ne puis conclure qu'il existe dans la preuve documentaire qui m'a été soumise des éléments qui permettent de penser qu'on a recouru à la contrainte dans le cas des témoins qui ont été entendus dans le cadre des procès de Yuan Hua ou qu'on les a soumis à la torture ou à de mauvais traitements. Il n'y a par ailleurs pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que le gouvernement chinois cherchait à incriminer les demandeurs au moyen d'éléments de preuve obtenus illégalement par la contrainte, de mauvais traitements ou la torture.

[. . .]

. . . Les jugements des tribunaux qui ont été communiqués ne constituent pas une preuve probante que l'on a recouru à la contrainte dans le cas des personnes impliquées dans les procès de Yuan Hua ou qu'on leur a infligé de mauvais traitements.

[148] L'agente avait le droit de tirer ces conclusions sur le fondement de la preuve abondante qu'elle a

reviewed in her reasons. The fact that some of these findings appeared in the summary is of no consequence.

[149] Second, I think it is quite clear from a fair and comprehensive reading of her reasons that the officer rejected the notion that the Lais would not get a fair trial. While she accepted that the Chinese legal system is indeed defective in many respects and falls short of international standards, she refused to draw the inference that the Lais would therefore be subjected to a risk of cruel and unusual treatment. The officer was not asked to make a statement on the nature of trials in China in general, but to look at the Lais' situation specifically. And she found that, as others charged in the Yuan Hua smuggling case had received, in the main, due process and fair trials, the nature of the trial the Lais would face would be like those similarly situated to them and would not put them at risk. Her reasoning was well captured in the excerpt I quoted at paragraph 47 of these reasons.

[150] It is therefore erroneous to contend that she erred in finding the Lais would not be at risk of cruel and unusual treatment despite the fact that their trial would fall short of international standards. This is a mischaracterization of her finding. Her conclusion was that their trial would, by and large, be fair, as were the trials of all those involved in the same operation.

[151] At the hearing, there was much debate around subparagraph 97(1)(b)(iii) of the IRPA and whether it is triggered as soon as somebody is sentenced to life imprisonment. According to the applicants, putting somebody in prison for life is in and of itself cruel and unusual treatment, and it can only be justified if it is incidental to lawful sanctions and if those sanctions are not imposed in disregard of international norms. This position, it seems to me, is at odds with the reasoning of the Supreme Court of Canada in *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at page 1072, where the

examinée dans ses motifs. Le fait que certaines de ces conclusions ne se retrouvent pas dans son résumé ne tire pas à conséquence.

[149] Deuxièmement, je crois qu'une lecture raisonnable et exhaustive des motifs de l'agente démontre à l'évidence qu'elle a écarté l'idée que les Lai ne pourraient bénéficier d'un procès équitable en Chine. Tout en admettant que le système judiciaire chinois comporte de nombreuses lacunes et qu'il ne répond pas aux normes internationales, elle a refusé d'en inférer que les Lai ne seraient pas exposés à un risque de traitements cruels et inusités. On ne demandait pas à l'agente de se prononcer sur la nature des procès en Chine en général, mais d'examiner la situation particulière des Lai. Or, elle a conclu que, comme les autres personnes accusées dans le cadre de l'affaire du réseau de contrebande de Yuan Hua avaient bénéficié, dans l'ensemble, de l'application régulière de la loi et de procès équitables, le procès qui serait intenté contre les Lai serait de la même nature que celui qu'avaient subi les personnes se trouvant dans la même situation qu'eux et ne les exposerait à aucun risque. On peut facilement suivre le fil de son raisonnement au paragraphe 47 des présents motifs.

[150] Il est donc faux de prétendre que l'agente d'ERAR a commis une erreur en concluant que les Lai ne seraient pas exposés à un risque de traitements cruels et inusités malgré le fait que leur procès ne répondrait pas aux normes internationales. Il s'agit là d'une mauvaise qualification de sa conclusion. Elle a conclu que leur procès serait, pour l'essentiel, équitable, tout comme celui qu'avaient subi les personnes impliquées dans la même opération.

[151] À l'audience, on a longuement débattu du sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR et de la question de savoir s'il entre en jeu dès qu'une personne est condamnée à l'emprisonnement à perpétuité. Suivant les demandeurs, mettre quelqu'un en prison pour le reste de ses jours constitue en soi un traitement cruel et inusité qui ne peut se justifier que s'il s'accompagne accessoirement de sanctions licites et que si ces sanctions ne sont pas infligées au mépris des normes internationales. Cette façon de voir contredit, à mon sens, le raisonnement suivi par la Cour suprême du

Court stated that “[s]ection 12 [of the Charter] will only be infringed where the sentence is so unfit having regard to the offence and the offender as to be grossly disproportionate.” That being said, I am of the view that this debate is a red herring in the context of this case. Whether the shortcomings of the Chinese legal system have to be assessed against international standards, as the Lais would have it, or whether they must be factored in the threshold analysis required to determine if they would be at risk of unusual treatment in the first place, is irrelevant here. To the extent that similarly situated individuals have not been exposed to these flaws when facing their trials, the issue just does not arise.

[152] Finally, the Lais submitted that their trial would not be a run of the mill criminal trial. While some of it may admittedly be fair, it will be highly politicized. Relying on the 2005 U.S. Department of State Report for China and on a document prepared by the Canadian Department of Foreign Affairs and International Trade (record of the applicants, at pages 146-149), they submitted that courts are not independent from the government in those cases where the political authorities have an interest, as is the case here. The short answer to that claim is that it was duly considered by the officer and rejected unequivocally. She stated, at pages 40-41 of her reasons:

On the issue of whether conviction of the applicants is assured, I find this assertion to be without support. The evidence before the Board regarding the applicants’ suspected involvement in criminal activities, that is, smuggling and bribery, came from different sources, not merely confessions that counsel submits were coerced by torture or the threat of torture. Those other sources included material evidence gathered from Lai Cheong Sing’s office building and witness testimony. To conflate the intent of the Chinese authorities in attempting to return the applicants to face Chinese law and justice with the supposition that the applicants have already been convicted, and/or will be unable to obtain or confer with defence counsel, and/or will be unable to obtain a fair trial, is not supported by the evidence.

Canada dans l’arrêt *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la page 1072, où la Cour déclare que « [i]l n’y aura violation de l’art. 12 [de la Charte] que si, compte tenu de l’infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d’être exagérément disproportionnée ». Ceci étant dit, j’estime que ce débat nous lance sur une fausse piste dans le contexte de la présente affaire. Il importe peu, en l’espèce, que l’on évalue les lacunes du système judiciaire chinois en fonction des normes internationales, comme les Lai le préconisent, ou qu’on en tienne compte dans le cadre de l’analyse préliminaire à laquelle il faut se livrer pour déterminer s’ils seraient a priori exposés à un risque de traitements inusités. Dans la mesure où des personnes se trouvant dans une situation semblable n’ont pas souffert de ces lacunes lors de leur procès, la question ne se pose tout simplement pas.

[152] Enfin, les Lai soutiennent que leur procès ne serait pas un procès criminel banal. Malgré le fait qu’il puisse être en partie équitable, il n’en demeure pas moins qu’il est fortement politisé. Se fondant sur le Rapport de 2005 par pays du Département d’État des États-Unis sur la Chine et sur un document publié par le Ministère canadien des Affaires étrangères et du Commerce international (dossier des demandeurs, aux pages 146 à 149), ils affirment que les tribunaux ne sont pas indépendants du gouvernement dans les affaires dans lesquelles les autorités politiques ont un intérêt, comme c’est le cas en l’espèce. Pour répondre à cet argument, il suffit de rappeler que l’agente l’a dûment examiné et l’a rejeté de façon non équivoque. Voici ce qu’elle déclare, aux pages 40 et 41 de ses motifs :

[TRADUCTION] Sur la question de savoir si la condamnation des demandeurs est assurée, j’estime que cette affirmation est sans fondement. Les éléments de preuve soumis à la Commission au sujet de la présumée implication des demandeurs dans les activités criminelles, c’est-à-dire la contrebande et la corruption, proviennent de différentes sources; il ne s’agit pas de simples aveux qui auraient, comme l’avocat le prétend, été extorqués sous la torture ou la menace de la torture. Parmi ces autres sources, il y a lieu de mentionner les éléments de preuve recueillis dans l’immeuble à bureaux de Lai Cheong Sing ainsi que les dépositions des témoins. La preuve ne permet pas de faire de lien entre l’intention des autorités chinoises de chercher à faire revenir les demandeurs en Chine pour répondre de leurs actes devant la loi et la justice chinoises et la supposition que les

Counsel's evidence regarding Guo Guoting would appear to be directly relevant regarding the treatment of defence counsel by authorities, [*sic*] however, I note that Mr. Guo's own evidence is that he came into conflict with the authorities in seeking to defend Falun Gong practitioners, human rights activists, and other defence lawyers, and now has himself been targeted for this reason. As noted previously, I do not award significant weight to Guo Guoting's evidence as it relates to Lai Cheong Sing and Tsang Ming Na. Mr. Guo's evidence is that he served as defence counsel to human rights defenders, "political criminals" and Falun Gong practitioners, none of which I find describes the applicants. I note in particular no objective evidence to corroborate any political dimension to the Chinese government's interest in the return of the applicants to face criminal charges. While I note Mr. Guo's evidence that defence counsel are at risk of themselves being charged for taking on politically tinged cases, in this situation I give more weight to the evidence of Zhou Bing Zhi, a defence lawyer who represented two defendants in the Yuan Hua trials (one an appeal case) and testified that he had himself felt no political pressures or threats in representing his clients.

[153] As I have already indicated, the officer's finding on the nature of the trial the applicants would receive in China was a factual finding subject to review on the standard of patent unreasonableness. Based on the evidence before her, the officer's finding on the nature of the trial the applicants face was not patently unreasonable.

(g) A law of general application

[154] The Lais' final argument can be disposed of rather quickly. Mr. Matas had submitted that relatives of Tsang Ming Na (her mother, Cai Xiu Meng, and the girlfriend of her brother, Zhuang Shao Cheng) were convicted and jailed because they arranged for money which belonged to the applicants to be transferred to them for the purpose of paying their legal fees in

demandeurs ont déjà été condamnés et/ou ne seront pas en mesure d'obtenir ou de consulter un avocat de la défense et/ou ne pourront bénéficier d'un procès équitable.

Le témoignage de l'avocat au sujet de Guo Guoting semblerait se rapporter directement au sort que les autorités réservent aux avocats de la défense. Je constate toutefois que M<sup>e</sup> Guo a lui-même déclaré qu'il avait eu des démêlés avec les autorités lorsqu'il avait tenté de défendre des adeptes du Falun Gong, des militants des droits de la personne, ainsi que d'autres avocats de la défense et qu'il est lui-même ciblé pour cette raison. Comme je l'ai déjà précisé, je n'accorde pas beaucoup de poids à ce que M<sup>e</sup> Guo Guoting a déclaré au sujet de Lai Cheong Sing et de Tsang Ming Na. Dans son témoignage, M<sup>e</sup> Guo affirme qu'il a été avocat de la défense dans des affaires concernant des militants des droits de la personne, des « criminels politiques » et des adeptes du Falun Gong, qui n'ont, à mon avis, rien en commun avec les demandeurs. Je ne relève en particulier l'existence d'aucun élément de preuve objectif corroborant l'affirmation suivant laquelle l'intérêt manifesté par le gouvernement chinois au sujet du retour des demandeurs pour répondre aux accusations criminelles comporte une dimension politique. Tout en prenant acte du témoignage de M<sup>e</sup> Guo suivant lequel les avocats de la défense courent eux-mêmes le risque d'être accusés d'accepter des causes à connotation politique, dans le cas qui nous occupe, j'accorde plus de poids au témoignage de M<sup>e</sup> Zhou Bing Zhi, un avocat de la défense qui représentait deux accusés dans les procès de Yuan Hua (en appel, dans un des deux cas) et qui a déclaré qu'il n'avait personnellement subi aucune pression politique ou menace lorsqu'il avait défendu ses clients.

[153] Comme je l'ai déjà dit, la conclusion tirée par l'agente au sujet de la nature du procès que subiraient les demandeurs en Chine était une conclusion de fait à laquelle s'appliquait la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable. Vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait, l'agente n'a pas tiré de conclusion manifestement déraisonnable en se prononçant sur la nature du procès que subiraient les demandeurs en Chine.

g) Une loi d'application générale

[154] Le dernier argument des Lai peut être tranché assez rapidement. M<sup>e</sup> Matas soutient que des proches de Tsang Ming Na (sa mère, Cai Xiu Meng, et la petite amie de son frère, Zhuang Shao Cheng) ont été condamnées et ont été incarcérées parce qu'elles avaient fait le nécessaire pour transférer de l'argent aux demandeurs pour les aider à payer leurs frais de justice



Canada. In the applicants' view, this was evidence that anyone associated with them would face sanction and punishment. The PRRA officer rejected that contention and found these convictions "were ones of general application, and not ones that bespeak of forward-looking risk to the applicants" (PRRA reasons, at page 28).

[155] The Lais argued that the officer erred in relying on the concept of law of general application, because it only relates to the Convention refugee definition under section 96 of the IRPA, not to the grounds for protection the officer was considering there. The relevant inquiry is set out in subparagraph 97(1)(b)(iii) of the IRPA and should have been whether the risk the applicants face is or is not inherent or incidental to lawful sanctions, and if it is, whether the risk is nevertheless imposed in disregard of accepted international standards. While the officer did state that the conviction and jailing of Tsang Ming Na's relatives were "not imposed in disregard of international standards", so runs the argument, she did not consider those standards and therefore failed to have regard to the material before her and to exercise her jurisdiction (PRRA reasons, at page 40).

[156] I believe this argument is without merit, essentially for the reasons raised by the respondent. First of all, it is not accurate to say that the officer applied the wrong test in relying on the concept of law of general application. Though the convictions of Ms. Tsang's relatives were relevant to the applicants' overall risk assessment, there was no particular way in which that evidence had to be assessed. Moreover, the officer did, in fact, consider the convictions of Ms. Tsang's relatives for "harbouring a fugitive" under Article 310 of the *Criminal Law of the People's Republic of China* and did find that these convictions were not in violation of international standards. Having reviewed the judgment of the Chinese court in that case, she found Ms. Tsang's relatives were represented by counsel, who presented arguments at an open trial, that they pleaded guilty and that they were given credit at sentencing for their time in

au Canada. Suivant les demandeurs, ces faits démontrent que quiconque est associé à eux s'expose à l'infliction de peines et de sanctions. L'agente d'ERAR a rejeté cet argument, estimant que ces condamnations [TRADUCTION] « étaient de portée générale et qu'elles ne permettaient de conclure que les demandeurs seraient exposés à un risque dans l'avenir » (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 28).

[155] Les Lai soutiennent que l'agente a commis une erreur en se fondant sur le concept de la loi d'application générale, parce qu'il ne se rapporte qu'à la définition du réfugié au sens de la Convention au sens de l'article 96 de la LIPR et non aux motifs de protection que l'agente examinait en l'espèce. L'analyse à laquelle il faut procéder est précisée au sous-alinéa 97(1)(b)(iii) de la LIPR : elle consistait à se demander si le risque auquel sont exposés les demandeurs est inhérent ou accessoire à des sanctions légitimes et, dans l'affirmative, si le risque est néanmoins imposé au mépris de normes internationales généralement admises. Les demandeurs affirment que, bien que l'agente ait effectivement déclaré que la condamnation et l'incarcération des proches de Tsang Ming Na n'avaient pas été « infligées au mépris des normes internationales », elle n'a pas examiné les normes en question et n'a pas tenu compte des éléments dont elle disposait et n'a pas exercé sa compétence (motifs de l'agente d'ERAR, à la page 40).

[156] Je crois que cet argument est mal fondé, surtout pour les raisons invoquées par le défendeur. D'abord et avant tout, il est inexact de dire que l'agente n'a pas appliqué le bon critère en se fondant sur le concept de la loi d'application générale. Certes, la condamnation des proches de M<sup>me</sup> Tsang était un facteur pertinent lorsqu'il s'agissait d'évaluer globalement les risques des demandeurs, mais il n'y avait pas de façon particulière d'évaluer les éléments de preuve. Qui plus est, l'agente a bel et bien tenu compte de la condamnation des proches de M<sup>me</sup> Tsang pour « hébergement de fugitifs » au sens de l'article 310 du Code pénal de la République populaire de Chine et elle avait effectivement conclu que ces condamnations ne violaient pas les normes internationales. Après avoir examiné le jugement du tribunal chinois dans cette affaire, elle a conclu que les proches de M<sup>me</sup> Tsang étaient représentées par un

custody awaiting trial (PRRA reasons, at pages 28, 29 and 40). As a result, she concluded the relatives' convictions were arrived at pursuant to a law of general application that did not violate international standards and was not imposed in violation of international standards and did not bespeak of forward-looking risks to the applicants.

[157] The Lais would have it that Article 310 of the *Criminal Law of the People's Republic of China* is contrary to the *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 19, 1966 [1976] Can. T.S. No. 47], which both Canada and China have signed and ratified, and which provides that everyone shall be entitled to legal assistance when facing a criminal charge. Since Ms. Tsang's relatives were merely trying to help the Lais pay their legal fees, they argue, their conviction was clearly a violation of international standards.

[158] I do not find this argument very compelling. There is no evidence to the effect that the money was provided for the only purpose of covering the legal fees of the applicants. But even more to the point, it is the act of providing money to fugitives that is the offence under Article 310, irrespective of what the fugitives say they want the money for. It cannot be said, therefore, that Article 310 criminalizes legal assistance.

[159] Finally, the Lais themselves do not face prosecution under Article 310. The officer nevertheless considered the facts giving rise to the convictions of Ms. Tsang's relatives in her overall risk assessment of the Lais' case, together with their argument that the convictions meant the Lais would be denied defence counsel. She found that they did not support a finding that the Lais would be unable to access their legal privileges and rights if returned to China. These are factual findings reviewable on the standard of patent

avocat, que cet avocat avait plaidé dans le cadre d'un procès public, qu'elles avaient reconnu leur culpabilité et que le temps qu'elles avaient passé en détention en attendant leur procès leur avait été crédité (motifs de l'agente d'ERAR, aux pages 28, 29 et 40). Par conséquent, elle a conclu que la condamnation des proches avait été prononcée conformément à une loi d'application générale qui ne violait pas les normes internationales et que cette sanction n'avait pas été infligée en violation de normes internationales et qu'elle ne permettait pas de conclure que les demandeurs seraient exposés à un risque à l'avenir.

[157] Les Lai voudraient que la Cour conclue que l'article 310 du Code pénal de la République populaire de Chine est contraire au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47], que le Canada et la Chine ont tous les deux signé et ratifié et qui prévoit que toute personne qui est accusée d'une infraction pénale a droit à l'assistance de l'avocat de son choix. Étant donné que les proches de M<sup>me</sup> Tsang cherchaient seulement à les aider à payer leurs frais judiciaires, les Lai font valoir que leur condamnation violait de toute évidence les normes internationales.

[158] Je ne trouve pas cet argument très convaincant. Il n'y a aucun élément de preuve tendant à démontrer que l'argent a servi uniquement à couvrir les frais judiciaires des demandeurs. Mais ce qui est déterminant, c'est le fait que c'est l'acte consistant à fournir de l'argent à des fugitifs qui constitue l'infraction visée à l'article 310 et ce, indépendamment de ce pour quoi les fugitifs disent vouloir cet argent. On ne saurait donc prétendre que l'article 310 criminalise le recours à un avocat.

[159] Enfin, les Lai eux-mêmes ne risquent pas d'être poursuivis en vertu de l'article 310. L'agente a néanmoins tenu compte des faits à l'origine de la condamnation des proches de M<sup>me</sup> Tsang pour procéder à son évaluation globale des risques auxquels les Lai seraient exposés, en plus de tenir compte de leur argument valant que leur droit à l'assistance de l'avocat de leur choix leur serait nié du fait des condamnations. Elle a estimé que ces arguments ne permettraient pas de conclure que les Lai ne pourraient se prévaloir de leurs

unreasonableness. On that basis, I am not convinced the officer made a reviewable error.

## CONCLUSION

[160] For all of the foregoing reasons, I shall therefore grant the application for judicial review. In coming to that conclusion, I do not doubt the good faith of the Chinese Government nor do I want to cast aspersion on those officials who were instrumental in the drafting and issuance of the diplomatic note. The role of this Court, in reviewing decisions made by a PRRA officer, is not to pass judgment on foreign countries' record but only to determine if the decision under review is consistent with Canadian law. In the case at bar, I have concluded that the PRRA decision, though well reasoned and quite comprehensive in its assessment of the facts and of the submissions made by both counsel, is deficient in its assessment of the risk of torture.

## ORDER

THIS COURT ORDERS that the application for judicial review is granted, and the Court certifies the following questions:

1. Where the Minister takes a public position on pre-removal risk to an applicant before a pre-removal risk assessment application is decided, is there a reasonable apprehension that the Minister's decision on a pre-removal risk assessment application will be biased?
2. What is the appropriate standard of review for the interpretation of a diplomatic note providing assurances against the death penalty or the infliction of torture or other cruel or unusual treatment?
3. Is it appropriate to rely on assurances against torture in assessing an applicant's risk under section 97 of the

droits et privilèges légaux s'ils retournaient en Chine. Ce sont là des conclusions de fait auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable. Or, je ne suis pas convaincu que l'agente a commis une erreur qui justifierait notre intervention.

## DISPOSITIF

[160] Pour tous les motifs que j'ai exposés, je vais donc faire droit à la demande de contrôle judiciaire. Pour en arriver à cette conclusion, je ne doute pas de la bonne foi du gouvernement chinois et je ne voudrais pas dénigrer les fonctionnaires qui ont participé à la rédaction et à l'établissement de la note diplomatique. Le rôle de notre Cour, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'ERAR, ne consiste pas à se prononcer sur la situation qui existe dans un pays étranger, mais uniquement de décider si la décision qui lui est soumise est conforme au droit canadien. En l'espèce, j'ai conclu que, malgré le fait qu'elle soit bien motivée et que l'agente a fait preuve d'exhaustivité dans son évaluation des faits et des observations formulées par les deux avocats, la décision d'ERAR comporte des lacunes en ce qui concerne l'appréciation des risques de torture.

## ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la présente demande de contrôle judiciaire soit accueillie et la Cour certifie les questions suivantes :

1. Lorsque le ministre prend officiellement position au sujet des risques avant renvoi au sujet d'un demandeur, avant qu'une décision soit rendue au sujet d'un examen des risques avant renvoi, peut-il exister une crainte raisonnable de partialité quant à la décision du ministre au sujet de la demande d'examen des risques avant renvoi?
2. Quelle est la norme de contrôle applicable à l'interprétation d'une note diplomatique qui donne une assurance contre la peine de mort ou la torture ou autres peines ou traitements cruels et inusités?
3. Est-il approprié de se fier à une assurance donnée contre la torture dans le cadre d'un examen des risques

IRPA when there are credible reports that torture prevails in the country where the applicant is to be removed? If so, under what circumstances?

4. If there is a risk of torture in an individual case, what are the requirements that an assurance against torture should fulfill to make that risk less likely than not? Should the assurance provide for monitoring to allow for verification of compliance for that assurance to be found reliable? In the absence of a monitoring mechanism, is the notoriety of the person to be removed a relevant, and a sufficient, consideration for the PRRA officer in determining whether it is more likely than not that the assuring state will adhere to the diplomatic assurance?

du demandeur effectué en vertu de l'article 97 de la LIPR, lorsqu'il existe des rapports crédibles qui attestent l'existence du recours à la torture dans le pays où le demandeur doit être renvoyé? Si c'est le cas, dans quelles circonstances?

4. S'il existe un risque de torture dans un cas particulier, à quelles exigences une assurance donnée contre la torture doit-elle satisfaire pour rendre ce risque plutôt improbable? Faudrait-il prévoir une surveillance pour garantir le respect de l'assurance donnée afin qu'elle soit jugée fiable? En l'absence d'un système de surveillance, la notoriété de la personne qui sera renvoyée représente-t-elle un critère suffisant et pertinent pour que l'agent d'ERAR puisse déterminer s'il est plutôt probable que l'État qui donne l'assurance respectera son engagement?