

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Le fonctionnement du régime de preuve libre dans un système non-expert : le traitement symptomatique des preuves par la Section de la protection des réfugiés

France HOULE*

Résumé

Le régime de preuve libre peut être particulièrement ardu à appliquer dans un contexte multiculturel. À cet égard, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est un terrain propice à l'examen de cette question puisque ce tribunal est quotidiennement confronté aux difficultés liées à l'intégration de la dimension multiculturelle dans son processus décisionnel et, si on donne foi à ses détracteurs, elle ne réussit pas très bien à le faire. En fait, lorsqu'on examine les décisions négatives de ce tribunal administratif, il

Abstract

In administrative law, evidence is admissible on the basis of its relevancy. This legal regime is particularly difficult to apply in a multicultural context such as the decision-making process of the Immigration and Refugee Board. This tribunal is confronted, on a daily basis, with the intricacies of integrating a multicultural dimension into its decision-making process and if its critics are correct, the Board does not succeed very well in doing so. In fact, when one examines negative decisions of this tribunal, one can see rather

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Je remercie les professeurs Catherine Valcke (Université de Toronto), Bruce Archibald (Université Dalhousie), François Crépeau et Hélène Dumont (Université de Montréal), ainsi que les candidates au doctorat, M^{es} Marie-Hélène Giroux, Laverne Jacobs et Kinga Janik pour leur appui ainsi que leurs judicieux conseils et remarques. Je remercie également mes assistants de recherche, M^e Batoul Andaloussi et MM. Guy-François Lamy et Jean-François Lina, pour leur relecture méticuleuse du texte et pour la vérification des références citées dans les notes infrapaginales.

faut constater que les raisonnements étayés dans les motifs des commissaires sont souvent insatisfaisants sur le plan juridique. Dans ce texte, l'auteure montre que le demandeur du statut de réfugié doit renverser deux présomptions simples : une présomption de mauvaise foi à l'égard de son témoignage et une présomption d'objectivité des documents publics servant de preuve du contexte général (politique, social et économique) qui règne dans les pays d'origine des réfugiés. Elle fait ressortir les iniquités qui découlent de l'examen des preuves testimoniales et documentaires à partir de telles présomptions et notamment qu'il résulte de ces pratiques, qui se sont implicitement transformées en règles, des analyses réductrices des faits sociaux présentés lors de l'audience sous forme de témoignages oraux ou de documents écrits. Finalement, elle explore un problème plus large, soit celui des fondements théoriques des principes relatifs à l'évaluation de la force probante des preuves dans les régimes légal et libre du droit de la preuve dans la tradition de common law et s'interroge sur la valeur de ces fondements eu égard à l'intégration de la dimension multiculturelle dans un processus décisionnel. Elle termine en soulignant qu'une réflexion importante reste à faire afin de construire un droit de la preuve libre où les acteurs du système seront en mesure de concilier leur vision du monde avec les réalités vécues par les uns et les autres lors du processus décisionnel.

quickly that the reasons supporting the decisions are rarely satisfactory from a legal standpoint. In this text, the author shows that refugee claimants often have to reverse a presumption of bad faith associated with their testimonies and a presumption of objectivity of public documents which serve as proof of the general context of life (political, social and economical) in countries of origin of claimants. She also shows the unfairness which results from such an examination of the evidence and the limited analyses of social facts introduced during the hearing. Finally, she explores a bigger problem, that is to say, the theoretical foundations regarding the assessment of evidence in the common law tradition and questions the values underpinning them when integration of a multicultural dimension in the decision-making process appear crucial to its fairness. She ends her text by highlighting that more thinking needs to be done in order to construct evidentiary principles adapted to address the particular problems raised in a multicultural decision-making process in order for the Board's principal actors to reconcile their understanding of the world with the realities lived by those making claims before them.

Plan de l'article

Introduction	267
I. La présomption de mauvaise foi à l'égard du témoignage du demandeur	274
A. La tentative de redressement par la Cour fédérale.....	279
1. Les contours juridiques de la présomption de bonne foi	281
2. L'intégration faible de la présomption dans le droit.....	284
a. Une définition du concept d'expertise	285
b. L'acquisition de connaissances spécialisées.....	290
B. L'usage du contre-interrogatoire par la Société de protection des réfugiés	294
1. Le contexte d'émergence du contre-interrogatoire	295
2. Les conditions procédurales d'un contre-interrogatoire équitable	299
a. La connaissance du dossier.....	300
b. La procédure accusatoire	303
3. Le contre-interrogatoire comme outil de justification	308
II. La présomption d'objectivité du document public	315
A. La réception du oui-dire en preuve lors de l'enquête	320
1. L'objectivité synonyme de neutralité	323
2. L'objectivité synonyme de fiabilité	327

a. Les garanties raisonnables de fiabilité	328
b. La possibilité de réfuter la preuve documentaire	334
B. Les étapes du processus d'examen des preuves lors du délibéré.....	337
1. La pertinence des preuves.....	338
2. La force probante des preuves.....	340
a. La théorie fondationaliste empirique.....	343
b. La théorie cohérentiste	347
Conclusion	352

En droit de la preuve, les connaissances profanes et scientifiques sont en interaction constante pendant tout le processus décisionnel¹. Elles structurent le contenu des représentations sociales et juridiques des acteurs, et notamment des décideurs, dans les débats de nature judiciaire². Le décideur examine les preuves présentées par les parties et décide lesquelles sont admissibles en application des règles du droit de la preuve. Une fois cet exercice terminé, il examine la pertinence et évalue la force probante de ces preuves. Le décideur fait appel à son expérience pratique, qu'il a accumulée au fil des ans, et aux règles du raisonnement juridique afin de départager les prétentions qui se rapprochent plus de la vérité de celles qui s'en éloignent. Ces conclusions sur les faits matériels du litige constituent des reconstructions des récits des parties qui sont jugées équitables parce que les conditions de recherche de la vérité emportent l'adhésion des acteurs impliqués dans le processus décisionnel³.

¹ Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Re-Examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context », (1994) 26 *O.L.R.* 551, 559; Danielle PINARD, « La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits », (1997) 31 *R.J.T.* 87, 132; James B. THAYER, « Presumptions and the Law of Evidence », 3 *Harv. L. Rev.* 141, 143 (1889); R. c. *Watson*, (1996) 50 C.R. (4^e éd.) 245, 257 (C.A.); John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1999, § 2.35, notes 67 et 68.

² Denise JODELET, « Représentations sociales : un domaine en expansion » dans Denise JODELET (dir.), *Les représentations sociales*, Paris, P.U.F., 1989, p. 31, aux pages 43-45; Serge MOSCOVICI, « The Phenomenon of Social Representations », dans Robert FARR et Serge MOSCOVICI (dir.), *Social Representations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, p. 3. Voir aussi, du même auteur : « Psychologie des représentations sociales », (1976) 14 *Cahiers Vilfredo Pareto* 409 et « Notes Towards a Description of Social Representations », (1988) 18 *European Journal of Social Psychology* 311. Voici deux exemples de recherches sur cette question : Geneviève DAUDELIN, *La réflexivité dans la connaissance de sens commun. Des représentations sociales des nouvelles techniques de la reproduction d'usagers de la médecine de la reproduction*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, acceptée le 30 janvier 1998; Marie-Claude GERVAIS, *Genèse et structuration de la connaissance du sens commun : une analyse des représentations sociales de l'environnement*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, accepté le 4 septembre 1991.

³ Boaventura de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, Routledge (1995).

Depuis la fin du Moyen Âge, le concept central qui domine dans l'organisation du droit de la preuve civile et criminelle dans la tradition de common law est celui de l'inadmissibilité de certaines catégories de faits matériels devant une cour de justice. Dans le cours de l'évolution du droit de la preuve, les juges ont créé de nombreuses règles et exceptions ayant pour fonction de limiter l'accès aux renseignements dont les jurys pouvaient tenir compte pour rendre leurs verdicts. Seules les preuves considérées fiables étaient entendues par les jurés, car les acteurs du système (notamment les juges et les avocats) postulaient que seul ce processus d'épurement des preuves rendait possible une recherche équitable de la vérité.

En droit administratif, ce postulat a été rejeté. Dès la mise sur pied des tous premiers organismes administratifs autonomes ayant une fonction juridictionnelle, les acteurs ont manifesté une volonté claire d'adhérer à une toute autre conception du droit de la preuve. Celle-ci s'est matérialisée dans le régime de preuve libre. Dans le cadre de ce régime, les règles légales de preuve, y compris les règles d'exclusion, ne s'appliquent pas⁴. Toute preuve fiable est admissible⁵.

Pour les juristes de droit administratif, cette dérogation radicale à la conception dominante du droit de la preuve de tradition de common law se justifie entre autres par un argument logique. Les décideurs qui entendent les litiges administratifs sont des experts dans le domaine relevant de la compétence spécialisée de l'organisme dans lequel ils exercent leur fonction juridictionnelle⁶. Puisque ces décideurs connaissent le contexte social d'interprétation

⁴ La décision de principe en common law anglaise est *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, ex parte Moore*, [1965] 1 Q.B. 456, 476, 484, 487. Cette règle de l'autonomie de la preuve s'applique au Canada : *Canada c. Mills*, (1985) 60 N.R. 4, 5 (C.A.F.). Pour d'autres décisions sur cette question, voir : Yves OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada : procédure et preuve*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 266, note 32.

⁵ *Hollington c. Hewthorn and Co. and Ministry of Housing*, [1943] 1 K.B. 587, 594 (C.A.).

⁶ Morley GORSKY, « Effective Advocacy and the Continuing Significance of the Rules of Evidence Before Administrative Tribunals », (1987) *Isaac Pitblado Lectures on Evidence: Recent Developments and Directions* 74, 78. En Angleterre, les cours de justice n'ont en aucun temps possédé un monopole sur les affaires judiciaires du pays. Depuis les temps médiévaux, ce pouvoir a été partagé avec des commissions administratives qui réglaient des questions juridiques : Sir William HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. XIV, London, Methuen

servant de cadre de référence au processus décisionnel, il n'est pas utile d'exercer des contrôles sur les preuves dont ils peuvent tenir compte. L'expertise de ces décideurs suffit pour les guider lorsqu'il s'agit d'apprécier la pertinence et la force probante des preuves qui serviront à résoudre le litige. En d'autres termes, le régime de preuve libre produit des décisions équitables à la condition que les décideurs possèdent la connaissance du contexte social d'interprétation qui est à l'origine du litige. Cependant, lorsque les décideurs ne possèdent pas cette connaissance, peuvent-ils produire des décisions équitables dans un régime de preuve libre?

La Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) est un terrain propice à l'examen de cette question. Ce tribunal est quotidiennement confronté aux difficultés liées à l'intégration de la dimension multiculturelle dans son processus décisionnel et, si on donne foi à ses détracteurs, elle ne réussit pas très bien à le faire. La SPR fait l'objet de nombreuses critiques depuis sa création par les professionnels œuvrant dans ce secteur d'activités (médecins, psychiatres, avocats, travailleurs sociaux). Afin d'explorer les problèmes soulevés par ces acteurs, une équipe de recherche a mené des analyses préliminaires entre les années 1997 et 1999 à partir de dossiers de requérants du statut de réfugié dont les demandes ont été refusées. À la suite de cette étude exploratoire, il a été possible de cerner quelques problèmes généraux liés au processus décisionnel qui expliquent, dans une certaine mesure, les mécontentements des professionnels⁷. L'un de ceux-ci est le traitement de la preuve par

and Co., 1964, p. 182-187. Concernant les décideurs nommés à ces commissions, Glasson n'hésite pas à les qualifier de véritables experts : Ernest GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires en Angleterre comparés au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusqu'à nos jours*, t. 1, Paris, A. Durand et Pédone-Lauriel, 1882, p. 265. Certains auteurs font surtout valoir un argument pragmatique : les règles du régime légal sont trop complexes pour être appliquées par des décideurs qui n'ont pas de formation juridique. Voir, entre autres : James L.H. SPRAGUE, « Evidence Before Administrative Agencies: Let's All Forget the Rules and Just Concentrate on What We're Doing », (1995) 8 *C.J.A.L.P.* 263, 265.

⁷ François CRÉPEAU, Patricial FOXEN, France HOULE et Cécile ROUSSEAU, « Analyse multidisciplinaire du processus décisionnel de la CISR », (2001) 19, n° 4 *Refugee* 62; Cécile ROUSSEAU, François CRÉPEAU, Patricia FOXEN et France HOULE, « The Complexity of Determining Refugeehood: A Multidisciplinary Analysis of the Decision-making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board », (2002) 15, n° 1 *Journal of Refugee Studies* 43.

les commissaires. Ce texte vise à pousser plus loin les analyses sur cette question.

Ce tribunal administratif exerce une fonction juridictionnelle dans un domaine spécialisé dont les paramètres sont circonscrits par la loi. La SPR détermine si un demandeur du statut de réfugié a fait la preuve qu'il craint avec raison d'être persécuté par les autorités étatiques du pays contre lequel il réclame cette protection pour l'un des cinq motifs énumérés dans la définition, soit la race, la nationalité, la religion, les opinions politiques et l'appartenance à un groupe social⁸. La détermination du statut de réfugié comporte la résolution de questions factuelles et juridiques complexes, mais le législateur n'a pas jugé nécessaire d'y nommer des commissaires qui ont acquis une connaissance préalable de la problématique du demandeur d'asile. Ce choix, si tant est qu'il y en ait eu un, n'est pas irrationnel en soi puisque la fonction prédominante des commissaires de la SPR est d'évaluer le bien-fondé des allégations de persécution du demandeur du statut de réfugié. À la manière des jurés, les commissaires prennent des décisions fondées sur leur sens commun pour tirer des conclusions à cet égard⁹. Toutefois, il y a une différence notable entre les régimes de preuve à partir desquels les jurés et les commissaires sont appelés à rendre des décisions. Les jurés n'entendent que certains faits qui sont étroitement circonscrits par des règles d'exclusion des preuves, alors que de telles limites ne sont pas imposées aux commissaires de la SPR.

Bien qu'il soit reconnu que le sens commun est une source de connaissance essentielle à la fonction de juger¹⁰, cela ne signifie pas qu'il soit toujours équitable pour un décideur d'utiliser son sens

⁸ Dans la nouvelle loi, on tient également compte des motifs de torture et de mauvais traitement : *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 96. Cette nouvelle loi confère également une compétence à la SPR sur les personnes qualifiées « personne à protéger », art. 97.

⁹ Le concept de sens commun peut être utilisé pour référer à la connaissance issue du sens commun et au raisonnement fondé sur le sens commun. Voir, à cet égard, l'article de Renée ELIO, « Issues in Common Sense Reasoning and Rationality », dans Renée ELIO (dir.), *Common Sense, Reasoning, and Rationality*, Oxford/Toronto, Oxford University Press, 2002, p. 8 et 9. Dans la doctrine anglo-américaine, c'est l'expression « *common-sense generalizations* » qui est parfois utilisée pour référer aux deux aspects de ce concept : William TWINING, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, p. 352.

¹⁰ C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 1, 559.

commun chaque fois qu'il examine la pertinence et la valeur probante des faits présentés en preuve, notamment ceux qui émanent des témoignages. Il ne va pas de soi que le sens commun d'un Canadien soit une source de connaissances utiles pour apprécier le caractère crédible ou digne de foi de récits d'individus provenant de cultures étrangères¹¹. De toute évidence, ces connaissances comporteront bien souvent peu, sinon aucune similarité, avec les événements relatés dans les témoignages des demandeurs, ce qui affecte la compréhension intersubjective entre les décideurs et les demandeurs. En effet, les recherches en anthropologie montrent que les individus de cultures différentes éprouvent plus de difficulté à transmettre et à comprendre les renseignements qu'ils échangent¹².

Ces résultats de recherche sont intéressants, car lorsqu'on examine les décisions négatives de la SPR¹³, il faut constater que les

¹¹ C'est pratiquement devenu un lieu commun de dénoncer les dangers d'arbitraire que peut engendrer l'usage du sens commun par un décideur. Voir : D. PINARD, *loc. cit.*, note 1, 141, qui cite BITTERMAN, « The Evaluation of Psychological Propositions », dans Leo LEVIN, *Evidence and the Behavioural Sciences A-16* (mimeo 1956), cité dans A. Leo LEVIN et Robert J. LEVY, « Persuading the Jury with Facts not in Evidence: The Fiction-Science Spectrum », 105 *U. of Pennsylvania L. Rev.* 139, 141 (1956). Comme le note également Danielle Pinard, *id.*, la question fondamentale qui se pose est de savoir s'il existe une différence entre les jugements de valeurs et les faits : Henry P. MONAHAN, « Constitutional Fact Review », 85 *Columbia L. Rev.* 229, 233 (1985), note 25. L'auteur réfère au danger de commettre l'erreur épistémologique qui consiste à prendre les jugements de valeurs pour des faits.

¹² Et même des incompréhensions radicales. Sur cette question, il existe plusieurs ouvrages, notamment d'anthropologie. Voici quelques références : Clifford GEERTZ, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays*, New York, Basic Books, p. 470 (1973); Karlfried KNAPP, Werner ENNINGER et Annelie KNAPP-POTTHOFF, *Analysing Intercultural Communication*, Berlin, Mouton de Gruyter, 1987; A.M. PELOSI, *Intercultural Communication in the Refugee Determination Hearing*, Montréal, École de travail social, Université McGill, 1996; Larry A. SAMOVAR et Richard E. PORTER, *Intercultural Communication: A Reader*, Belmont, CA, Wadsworth (1994).

¹³ La SPR a l'obligation de motiver ses décisions défavorables seulement. Voir : *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 8, art. 169 (d). En droit administratif québécois, le législateur a imposé un devoir similaire à tous les organismes qui rendent des décisions issues d'une fonction administrative. Voir : *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 8. Par contre, les organismes qui rendent des décisions issues d'une fonction juridictionnelle ont l'obligation de motiver toutes leurs décisions, qu'elles soient favorables ou défavorables : *Loi sur la justice administrative*, art. 13, par. 2.

raisonnements étayés dans les motifs des commissaires sont souvent insatisfaisants sur le plan juridique. Dans un nombre important de cas, le rejet de la demande est fondé sur le caractère non crédible du témoignage du demandeur du statut de réfugié. Les motifs du rejet montrent une méfiance à l'égard des témoignages des demandeurs. Inversement, on peut également constater un préjugé favorable à l'égard de rapports écrits qui sont accessibles au public. Ces rapports contiennent des faits et des analyses sur les conditions politiques, sociales et économiques qui règnent dans les pays d'origine des réfugiés. Ils sont produits par des fonctionnaires du Centre de documentation du tribunal ainsi que par des organismes nationaux et internationaux s'intéressant aux droits de la personne.

Le préjugé favorable à l'égard de ces documents publics se manifeste par une pratique répandue parmi les commissaires qui consiste à prendre pour acquis qu'il faille accorder un plus grand poids à cette preuve documentaire qu'à la preuve testimoniale du demandeur, comme s'il s'agissait d'une preuve qui faisait autorité¹⁴. Il n'est pas rare de trouver des décisions où les commissaires accordent plus de poids aux documents publics parce qu'ils estiment que la preuve qu'ils contiennent est plus objective, sans plus de justification¹⁵. D'autres commissaires vont même jusqu'à affirmer qu'il s'agit d'une preuve authentique¹⁶. Pourtant, ces documents publics

¹⁴ En 1994, je concluais qu'il s'agissait d'une preuve crédible, mais j'émettais de sérieuses réserves sur le fait que l'on puisse qualifier la preuve documentaire de preuve qui fait autorité. Je n'ai pas changé d'avis sur cette question : France HOULE, « The Credibility and Authoritativeness of Documentary Information in Determining Refugee Status: The Canadian Experience », (1994) 6 *Int. J. Ref. Law* 6, 30.

¹⁵ Voici quelques décisions récentes illustrant ce problème : *Re B.Z.P.*, [2000] O.J. (Quicklaw) n° 6, par. 12 (C.I.S.R.), où le commissaire conclut ainsi : « Compte tenu de cette preuve documentaire à laquelle le tribunal accorde plus de poids qu'au témoignage parce qu'elle est objective et désintéressée alors que celle du revendicateur ne l'est pas [...] »; *Re B.T.K.*, [1999] O.J. (Quicklaw) n° 344, par. 11 (C.I.S.R.) : « Le tribunal accorde davantage foi à la preuve documentaire qu'au témoignage de la revendicatrice. Les documents constituent une preuve objective qui n'est pas liée à l'issue de cette audience »; *Re O.H.Q.*, [2001] Alta. J. (Quicklaw) n° 493, par. 13 (C.I.S.R.) : « Le tribunal préfère la preuve documentaire objective, prenant note que les sources [sic] n'ont aucun intérêt dans l'issue de cette revendication. » Voir aussi : *Re O.A.L.*, [2002] B.C.J. (Quicklaw) n° 442 : par. 32 (C.I.S.R.); *Re I.H.N.*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 506, par. 45 (C.I.S.R.); *Re Y.X.F.*, [2002] O.J. (Quicklaw) n° 77, par. 6 (C.I.S.R.).

¹⁶ *Re T.J.Y.*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 68, par. 27 (C.I.S.R.).

ne constituent que du ouï-dire. Bien que recevable lorsqu'il est jugé fiable, le ouï-dire devrait néanmoins faire l'objet d'un examen prudent par les décideurs, surtout lorsqu'il est utilisé afin de contredire un témoignage direct et assermenté d'un demandeur du statut de réfugié. En effet, ce dernier relate des faits dont il a eu personnellement connaissance et son témoignage est assujéti à l'épreuve du contre-interrogatoire, alors que le ouï-dire ne fait pas l'objet d'un tel examen.

En somme, le demandeur doit renverser deux présomptions simples : une présomption de mauvaise foi à l'égard de son témoignage (I) et une présomption d'objectivité du document public (II). À l'égard de la première présomption, il est intéressant de constater qu'elle reflète un jugement de valeur qui s'est matérialisé, à point donné, dans le cours du développement des règles du régime légal de preuve de tradition de common law. Même si le droit contemporain de la preuve issu de cette tradition n'adhère plus à cet *a priori*, du moins de manière aussi nette, il demeure qu'encore aujourd'hui, on peut lire dans le traité du droit de la preuve de Lederman, Sopinka et Bryant que le point de départ du régime de preuve des faits matériels dans la tradition de common law est de *présumer* que les témoignages ne sont pas fiables¹⁷. On pourrait sans doute préciser ici : surtout lorsqu'il s'agit de témoignages provenant d'une personne intéressée dans l'issue de l'affaire. Néanmoins, le droit contemporain de la preuve (que l'on se place du côté de la tradition de common law ou de droit civil) montre une préférence claire pour la preuve testimoniale plutôt que documentaire lorsqu'il s'agit de faire la preuve des faits matériels. C'est en raison de ce constat que je me suis demandée, dans un premier temps, si les représentations juridiques des commissaires de la SPR n'auraient pas été colonisées par une conception du droit de la preuve de tradition de common law qui serait en partie révolue. Quant à la présomption d'objectivité du document public, même en reconnaissant qu'il existe une telle présomption d'objectivité des documents publics dans le droit de la preuve de tradition de common law, je me suis néanmoins interrogée sur la rectitude des justifications qui sous-tendent le recours à celle-ci. Certes, les principes généraux du droit administratif permettent aux commissaires de faire des emprunts au régime légal de common law, mais encore faut-il qu'ils soient

¹⁷ J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN, A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 1, § 6.7

justifiés et correctement utilisés¹⁸. À mon avis, la SPR ne fait ni l'un, ni l'autre.

De manière générale, ce texte est consacré à l'examen critique des principes de preuves utilisés par la SPR lors de la détermination du statut de réfugié. Il s'agit de faire ressortir les iniquités qui découlent de l'examen des preuves testimoniales et documentaires à partir de telles présomptions. Une analyse d'un corpus varié d'informations, composé de décisions administratives et judiciaires ainsi que de références à des développements historiques du droit de la preuve de tradition de common law, permettra de faire ressortir le traitement symptomatique des preuves par la SPR.

I. La présomption de mauvaise foi à l'égard du témoignage du demandeur

Dès le début du bas Moyen Âge, il existe deux manières de faire une preuve dans le droit de tradition de common law : l'*estoppel* et la *documentary evidence*. Outre l'*estoppel by record* et l'*estoppel by matter in pais*, le droit anglais reconnaît aussi l'*estoppel by deed* qui désigne ce qui a été l'objet de son propre acte solennel, ce qui est scellé de son sceau. Il s'agit d'une catégorie d'actes qui, lorsqu'ils sont reconnus authentiques, font preuve de leur contenu sans qu'une preuve contraire puisse être faite¹⁹. Quant aux preuves écrites n'ayant pas l'effet d'opposer une fin de non-recevoir à la partie

¹⁸ De manière générale, Yves Ouellette estime que les cours de justice reconnaissent que rien n'empêche le tribunal administratif « de reprendre à son compte, de façon ponctuelle et volontaire, des solutions propres au droit judiciaire. Mais il ne devrait le faire qu'avec prudence et dans l'assurance que cet emprunt partiel à un système différent ne compromettra, ni son efficacité, ni son obligation d'agir équitablement » : Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 4, p. 94; *Local Government Board c. Arlidge*, [1915] A.C. 120, 133 (H.L.); *Board of Education c. Rice*, [1911] A.C. 179, 182 (H.L.). Dans son article, Morley Gorsky développe le point de vue selon lequel les tribunaux administratifs, notamment ceux qui tranchent des litiges, pourraient et devraient appliquer les règles du droit de la preuve de tradition de common law, mais seulement celles dont il dit qu'elles sont réelles et vitales : M. GORSKY, *loc. cit.*, note 6, 84 et suiv.

¹⁹ Frédéric JOÛON des LONGRAIS, « La preuve en Angleterre depuis 1066 », dans SOCIÉTÉ JEAN BODIN POUR L'HISTOIRE COMPARATIVE DES INSTITUTIONS, *Recueils de la société Jean Bodin*, vol. XVII, « La preuve, 2^e partie, Moyen Âge et Temps modernes », Bruxelles, Librairie Encyclopédique, 1965, p. 193, à la page 253.

adverse, mais qui étaient néanmoins présentées pour les fins de faire la preuve d'un acte juridique, elles sont appelées la *documentary evidence*²⁰. Pour faire la preuve de son contenu, l'acte doit être produit pour inspection par la Cour et être corroboré par des témoins instrumentaires²¹. À cette époque, les témoins instrumentaires sont les seuls témoins admis à témoigner. Les simples témoins accidentels, ceux qui ont eu connaissance des faits matériels relatifs au litige sont généralement exclus des procès civils et criminels²². Les jurys du bas Moyen Âge entendaient rarement des témoins. Les acteurs de ce système juridique n'en voyaient d'ailleurs pas la nécessité puisque les jurés étaient choisis en raison de leurs habiletés et de leurs connaissances particulières. En effet, jusqu'au 16^e siècle, les jurés sont composés d'un groupe d'hommes qui cumulent les rôles de juge, d'enquêteur et de témoins. En tant que juge des faits, le jury prononce le verdict qui lie le juge du droit. Mais ils sont aussi des enquêteurs, car ils peuvent recueillir de leur propre chef tous les renseignements utiles pour rendre leur verdict. Enfin, ils agissent comme témoins puisqu'ils peuvent tenir compte des faits, renseignements, opinions et indices issus de leur propre expérience et de leurs connaissances personnelles²³. Il faut également préciser qu'il n'était pas possible de forcer les sujets anglais à

²⁰ Par exemple, la common law exigeait « pour le transfert de saisine, qu'il y ait une livrée effective de la saisine (*real livery of seisin*), ce qui est la conséquence logique de sa conception de la saisine ». La common law « n'admet donc pas qu'un acte scellé (*deed*), une charte, puisse à lui seul transférer la saisine » : F. JOÛON des LONGRAIS, *loc. cit.*, note 19, 255. Sur le concept de *documentary evidence* en droit anglais, on peut aussi consulter l'ouvrage de Sir William HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. IX, 3^e éd., London, Methuen and Co., 1966 (réimprimé), p. 163-177.

²¹ Les témoins instrumentaires étaient des personnes de bonne réputation, souvent des notables, requis expressément à être témoins de quelque transaction ou jugement, de sorte qu'on pût les consulter ultérieurement si des doutes ou un litige devaient surgir : Sir W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 20, vol. IX, p. 180.

²² Raoul C. Van CAENEGEM, « La preuve dans le droit du Moyen Âge occidental », dans SOCIÉTÉ JEAN BODIN POUR L'HISTOIRE COMPARATIVE DES INSTITUTIONS, vol. XVII, *op. cit.*, note 19, p. 691, aux pages 705 et 706.

²³ En vertu du droit commun, les membres du jury sont les seuls témoins qualifiés. Ce n'est que plus tard que les fonctions de juge des faits et de témoins seront distinguées en droit anglais et que cette différenciation des rôles donnera naissance au concept de jury que l'on connaît en droit contemporain de tradition anglo-saxonne : F. JOÛON des LONGRAIS, *loc. cit.*, note 19, 260; Sir W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 20, vol. 1, p. 317.

témoigner²⁴. En fait, peu de personnes consentaient à le faire car le juge avait le pouvoir de punir les témoins qu'il estimait être des fauteurs de troubles²⁵. À cette époque, les risques d'une telle accusation étaient particulièrement élevés d'autant plus que très peu de crédibilité était accordée aux témoins en droit anglais²⁶.

Au XVI^e siècle, dès que le jury est déclaré incompétent à agir comme témoin, il y aura des transformations profondes dans le droit de la preuve²⁷. Sans la présence de témoins lors d'un procès, il devint très complexe, sinon impossible dans certains cas, notamment en droit criminel, de faire la preuve des faits matériels durant les débats judiciaires. Il fallut donc admettre cette preuve. Mais ces personnes étant dorénavant appelées à témoigner en présence des juges et des *counsels*, les dangers de fabrication des preuves devinrent plus apparents²⁸. Devant ce constat, la *law of evidence* oriente

²⁴ Il semblerait qu'après la Grande Charte, le sujet anglais estimait qu'il serait contraire à ses libertés d'être forcé à témoigner devant une cour de common law. Ainsi, la common law reconnaissait le caractère libre et volontaire du témoignage. Ce principe selon lequel les témoins ne sont pas contraignables ne s'applique pas pour les témoins instrumentaires qui ont apposé leur sceau sur un écrit. En effet, on estime alors que ces témoins ont accepté de témoigner par leur geste solennel ou par leur présence lors d'une transaction officielle : F. JOÛON des LONGRAIS, *loc. cit.*, note 19, 263.

²⁵ *Id.*, 265.

²⁶ Ce n'est qu'au XVI^e siècle qu'une loi d'Élisabeth I^{re} de 1562 permit aux parties de demander un mandat (*sub poena*) afin de contraindre des témoins à venir témoigner devant les cours de common law. S'ils refusaient, ils étaient passibles d'une peine. En vertu de cette loi, les témoins étaient non seulement tenus de comparaître, mais avaient également l'obligation de dire la vérité. Tout refus de répondre aux questions pouvait être immédiatement sanctionné pour outrage au tribunal. John GILISEN, « La preuve en Europe du XVI^e au début du XIX^e siècle (rapport de synthèse) », dans SOCIÉTÉ JEAN BODIN POUR L'HISTOIRE COMPARATIVE DES INSTITUTIONS, vol. XVII, *op. cit.*, note 19, p. 755, à la page 806.

²⁷ F. JOÛON des LONGRAIS, *loc. cit.*, note 19, 271 et 272.

²⁸ Pour un exposé des origines de la règle : Ronald J. DELISLE, « Hearsay Evidence », (1984) *L.S.U.C. Special Lectures* 59. Une opinion différente a été énoncée par le professeur Edmund M. Morgan sur la raison ayant mené à la création de la règle : Edmund M. MORGAN, « Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept », 62 *Harvard L. Rev.* 177 (1948). Il estime que la règle provient de la nature contradictoire des procédures. Les avocats pouvaient s'objecter à la présentation de ouï-dire parce que les déclarations n'étaient pas faites sous le sceau de l'assermentation et n'étaient pas sujettes au contre-interrogatoire. Puisque les avocats pouvaient renoncer au serment et au contre-interrogatoire, Morgan suggère que c'étaient les parties au litige, et non les jurés, qu'il fallait

alors son action vers un but unique : il faut prévenir les risques de faux verdicts des jurys, dans la mesure du possible. Par conséquent, de nombreuses règles d'exclusion des preuves seront créées en droit anglais puisqu'il faut s'assurer, dans la mesure du possible, que les jurys n'entendront que les faits qui offrent certaines garanties de fiabilité. C'est ainsi qu'une présomption simple de mauvaise foi à l'égard du témoignage s'installe et traverse l'histoire du droit de la preuve anglais.

Dans un régime de preuve libre, les décideurs, y compris les commissaires de la SPR, peuvent recevoir toute preuve crédible et digne de foi²⁹. Généralement lors d'une audience administrative, le décideur reçoit toutes les preuves soumises par les parties. Il ne fait pas de tri des preuves à ce stade. Dans le cadre de la procédure de détermination du statut de réfugié, cette pratique est respectée en ce qui a trait à la recevabilité des témoignages des demandeurs, car à la suite de l'arrêt *Singh* de la Cour suprême³⁰, les demandeurs du statut de réfugié ont obtenu le droit d'exposer oralement le récit des événements ayant mené à leur fuite. La Cour reconnaissait ainsi que le témoignage du demandeur est l'élément de preuve central de la demande. C'est sur ce récit que repose toute l'affaire et, dans la plupart des cas, il constitue la seule preuve directe des événements relatifs aux allégations de persécution. Pour donner effet à l'arrêt *Singh*, les commissaires de la SPR doivent donc recevoir ces témoignages. En d'autres termes, une présomption de crédibilité et de bonne foi doit être attachée à ces récits, sinon ils ne seraient tout simplement pas recevables devant la SPR. Cette évidence a été réitérée dans les jugements de la Cour fédérale dès l'institution de ce tribunal³¹.

protéger contre ce type de preuve. Sur cette question, voir : J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN, A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 1, § 6.4, 6.5, 6.6 et note 3.

²⁹ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 8, art. 170 (h).

³⁰ *Singh c. Ministère de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1985] 1 R.C.S. 177.

³¹ *Maldonado c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1980] 2 C.F. 302, 305 (C.A.), où la Cour a dit : « Quand un demandeur jure que certaines allégations sont vraies, cela crée une présomption qu'elles le sont, à moins qu'il n'existe des raisons d'en douter »; *Attakora c. Minister of Employment and Immigration*, (1989) 99 N.R. 168 (C.A.F.); *Sathanandan c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, (1991) 15 Imm. L.R. (2d) 310, 312 (C.A.F.); *Lachowski c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, (1992) 18 Imm. L.R. (2d) 134, 144 (C.F.); *Bains c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, (1993) 20 Imm. L.R. (2d) 296 (C.F.).

Mais une fois le témoignage reçu en preuve, est-ce que la présomption de bonne foi s'applique toujours jusqu'à preuve du contraire? Durant les premières années du fonctionnement de la SPR, la Cour fédérale a développé une jurisprudence favorisant la présomption de bonne foi (A), mais elle n'a pas été très florissante, car les commissaires devaient faire face à un défi de taille : comment évaluer la pertinence et la force probante du témoignage à partir d'une présomption de bonne foi? Est-il possible de le faire sans tomber dans le piège de la naïveté? Face à cette difficulté, des commissaires commenceront plutôt, au fil des ans, à examiner la pertinence et la valeur probante du récit du demandeur à partir d'une présomption de mauvaise foi en argumentant entre autres qu'il s'agit d'un témoignage *intéressé, non objectif*.

N'ayant pas le bénéfice d'entendre une contre-preuve par une partie adverse, les décideurs auront de plus en plus tendance à assujettir le témoignage oral et assermenté du demandeur à un contre-interrogatoire qui sera fait, soit par un commissaire, soit par son assistant : l'agent de protection des réfugiés³². Dans la tradition de common law, le contre-interrogatoire sert comme outil afin de compléter, d'éclaircir, de préciser ou de contredire certains renseignements relatés par les parties afin de vérifier la valeur de la preuve. Toutefois, dans le contexte de la détermination du statut de réfugié, l'impression qui se dégage de l'écoute des enregistrements ou de la lecture des transcriptions sténographiques des échanges ayant eu lieu entre certains commissaires et des demandeurs lors de l'audience est que le contre-interrogatoire est souvent utilisé comme outil de justification des décisions qui, au terme du processus, devront être rendues par les commissaires (B).

³² L'agent de protection des réfugiés se charge de faire l'interrogatoire lorsqu'il est présent en salle d'audience. Sa fonction est de faire toute la lumière sur le cas présenté devant le commissaire, ce qui inclut la vérification des faits allégués par le demandeur avant l'audience lorsqu'un doute subsiste quant à leur véracité. Ce poste a été créé, car en vertu de leur pouvoir d'enquête, les commissaires peuvent interroger l'intéressé durant l'audience, mais il leur est difficile de s'engager dans une enquête trop poussée sans soulever une crainte raisonnable de partialité chez le demandeur : *Yusuf c. Canada*, [1992] 1 C.F. 629, 636, 639 (C.A.).

A. La tentative de redressement par la Cour fédérale

Durant les premières années de vie du tribunal, la division d'appel de la Cour fédérale avait compétence afin de contrôler la validité des décisions de la SPR. Jusqu'au moment où cette compétence lui a été retirée au bénéfice de la division de première instance³³, les magistrats d'appel ont élaboré les contours juridiques d'une recherche équitable de la vérité dans un contexte décisionnel multiculturel. La Cour a concentré ses efforts vers l'énonciation de directives prenant pour point d'appui un raisonnement axé sur une présomption de bonne foi des témoignages des demandeurs du statut de réfugié (a). Ce faisant, la Cour prenait acte du fait que l'application d'une présomption de mauvaise foi à l'égard du témoignage du demandeur aurait imposé à ce dernier un fardeau de preuve très lourd. En effet, le demandeur typique n'a, la plupart du temps, que son témoignage à mettre en preuve. C'est sa parole contre une autre, cette autre parole étant la plupart du temps celle inscrite dans le document public. En théorie, le demandeur du statut de réfugié n'a pas à faire une preuve selon la prépondérance des probabilités qu'il a de bonnes raisons de craindre la persécution. Il doit seulement montrer que la possibilité de persécution est sérieuse et réelle et non pas simplement hypothétique³⁴. En pratique, cependant, ce fardeau de preuve est appliqué uniquement lorsque les faits et opinions rapportés dans les documents publics corroborent en quelque sorte le témoignage. Dans ces cas, un pourcentage important de ces demandes sont entendues par le moyen d'une pro-

³³ *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), c. F-7, art. 28, mod. par L.C. 1990, c. 8, art. 8 et par L.C. 1992, c. 49, art. 128.

³⁴ *Adjei c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1989] 2 C.F. 680, 682 et 683 (C.A.). D'autres questions peuvent être soulevées dans le cadre d'une demande de statut de réfugié qui imposeront un fardeau de preuve similaire au demandeur. C'est notamment le cas lorsqu'un changement de circonstances significatif, effectif et durable est survenu dans le pays d'origine du demandeur : *Vodopianov c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1995] O.J. (Quicklaw) n° 964, par. 13 (C.F.). Le demandeur doit alors faire la preuve qu'il y a une possibilité raisonnable et objectivement prédictible que le demandeur sera toujours persécuté malgré ce changement : *Padilla c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1995] O.J. (Quicklaw) n° 352, par. 17 (C.F.). Par contre, lorsque le demandeur avait la possibilité de fuir à l'intérieur de son pays d'origine et qu'il ne l'a pas fait, il doit faire une preuve prépondérante que ce choix est fondé sur des motifs raisonnables liés à une crainte de persécution sérieuse : *Rasaratnam c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1992] 1 C.F. 706, 711 (C.A.).

cédure accélérée qui a été mise sur pied dès les premières années du fonctionnement de la SPR³⁵. De nos jours, environ vingt pour cent des demandes sont traitées selon cette procédure³⁶.

Ainsi, le tribunal estime qu'environ quatre-vingt pour cent des demandes de statut de réfugié soulèvent divers types de difficultés qui ne peuvent pas être réglées sans qu'une audience ait lieu afin d'entendre le demandeur de vive voix. Une des difficultés récurrentes est le scepticisme à l'égard du récit relaté par écrit dans le formulaire que le demandeur doit remplir lors du dépôt de sa demande de statut de réfugié. En somme, un nombre important de demandes font l'objet d'une audience parce que le tribunal veut tester la crédibilité du demandeur³⁷. Une des questions qui peut être soulevée à l'égard du processus accéléré est s'il n'a pas pour conséquence d'engendrer un effet pervers dans le système de détermination du statut de réfugié. Dans quelle mesure les décideurs qui entendent une demande lors d'une audience débutent-ils celle-ci en ayant déjà conçu un préjugé défavorable à l'égard du demandeur ayant été exclu du processus accéléré, notamment en raison du fait que son récit écrit présentait des faiblesses amenuisant sa crédibilité? Bien qu'il serait utile de vérifier l'exactitude de cette hypothèse dans des recherches futures, il est possible qu'elle puisse expliquer, du moins dans une certaine mesure, les raisons pour lesquelles les jugements de la Cour d'appel sur la présomption de bonne foi n'ont pas produit de changements notables sur le fonctionnement d'un régime de preuve libre devant la SPR, notamment lorsque le tribunal rend des décisions défavorables. En effet, il faut constater une faible intégration de cette présomption dans le processus de détermination du statut de réfugié (b).

³⁵ Pour une description des événements ayant mené à la création de cette procédure accélérée, voir : France HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 152-161.

³⁶ Dans le cadre d'un autre projet de recherche pour lequel j'ai fait des entrevues auprès de présidents des tribunaux administratifs fédéraux dans le cours de l'année 2002-2003, ce renseignement m'a été fourni par la CISR.

³⁷ Il peut y avoir, bien sûr, d'autres raisons, telles que l'insuffisance des papiers d'identité ou encore parce que le demandeur provient d'un pays automatiquement exclu du processus accéléré. On peut trouver la Politique sur le processus accéléré sur le site Internet de la CISR à l'adresse suivante : [<http://www.cisr.gc.ca/fr/apropos/politiques/>].

1. Les contours juridiques de la présomption de bonne foi

La présomption de bonne foi applicable au témoignage d'un demandeur a vu le jour sous l'ancien processus de détermination du statut de réfugié. Elle a été énoncée et réitérée par la Cour fédérale d'appel dès ses premiers jugements portant sur la validité des décisions du nouveau tribunal. Ainsi, lorsque le demandeur allègue sous serment la véracité des faits de son récit, le tribunal doit présumer qu'ils le sont à moins qu'il y ait des raisons d'en douter³⁸. Ainsi, la présomption ne peut pas être renversée facilement. En effet, bien que la SPR puisse s'appuyer sur les contradictions dans la preuve pour justifier une conclusion de non-crédibilité du témoignage, la Cour a précisé à plusieurs reprises que les commissaires ne doivent pas s'adonner à une analyse laborieuse des preuves afin de trouver de telles contradictions³⁹. Lorsque la Cour est d'avis que le tribunal a cherché des contradictions de manière trop méticuleuse, il s'agira d'un motif d'annulation de la décision⁴⁰. De plus, même si le témoignage comporte quelques invraisemblances et exagérations, la Cour jugera que celles-ci ne sont pas toujours suffisantes en soi pour conclure au manque de sincérité⁴¹. La SPR doit donc avoir de fortes raisons de douter de la véracité du témoignage.

La présomption de bonne foi du témoignage du demandeur s'applique aux faits que ce dernier relate et non aux déductions qu'il en tire. La SPR n'est pas tenue de souscrire aux interprétations des événements qui sont faites par le demandeur. Les commissaires peuvent s'appuyer sur leur propre jugement afin de déterminer si

³⁸ *Sidhu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, (1994) 23 Imm. L.R. (2d) 107; *Okyeré-Akosah c. Minister of Employment and Immigration*, (1994) 157 N.R. 387 (C.A.F.); *Chaudhry c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [2000] Alta. J. (Quicklaw) n° 708 (C.F.).

³⁹ *Graciélome c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, (1990) 9 Imm. L.R. (2d) 237, 239 (C.A.F.).

⁴⁰ *Owusu-Ansah c. Ministère de l'emploi et de l'immigration du Canada*, (1989) 8 Imm. L.R. (2d) 106, 113 (C.A.F.).

⁴¹ La jurisprudence est abondante sur ce point. Les contradictions ou divergences doivent être réelles, importantes ou sérieuses : *Lai c. Ministère de l'emploi et de l'immigration du Canada*, (1989) 8 Imm. L.R. (2d) 245, 246 (C.A.F.); *Ahmed c. Ministère de l'emploi et de l'immigration du Canada*, (1990) 12 Imm. L.R. (2d) 212, 216 (C.A.F.); *Rajaratnam c. Ministère de l'emploi et de l'immigration du Canada*, (1991) 135 N.R. 300, 307 (C.A.F.); *Giron c. Minister of Employment and Immigration*, (1992) 143 N.R. 238, 240 (C.A.F.); *Bains c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, précité, note 31.

elles sont vraisemblables. À cette fin, les commissaires peuvent tirer des conclusions basées sur leur sens commun⁴², mais ils doivent expliquer les raisons qui les incitent à favoriser leur point de vue en étayant celui-ci sur la preuve⁴³, notamment documentaire⁴⁴. Ils doivent examiner leurs conclusions avec soin⁴⁵, de manière à éviter qu'elles ne soient fondées sur de simples spéculations⁴⁶. En effet, la simple indication d'une préférence relative à l'explication la plus plausible sur la façon dont les événements se sont vraisemblablement déroulés n'est pas suffisante⁴⁷. C'est eu égard au mode de raisonnement, et à l'usage que les commissaires peuvent faire de leur sens commun, que les jugements de la Cour fédérale d'appel sont particulièrement intéressants lors de l'application du régime

⁴² *Alizadeh c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 11, par. 1 (C.A.F.); *Shahamati c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1994] O.J. (Quicklaw) n° 415, par. 2 (C.A.F.), affaire dans laquelle la Cour a affirmé que « la Commission a le droit, pour apprécier la crédibilité, de se fonder sur des critères comme la raison et le bon sens ». Devant la SPR, un passage de la décision du juge O'Halloran dans *Faryna c. Chorny*, [1952] 2 D.L.R. 354, 357 (C.A.B.C.) est souvent cité :

[TRADUCTION] *La crédibilité des témoins intéressés, notamment dans les cas de preuves contradictoires, ne peut être évaluée uniquement en fonction de la question de savoir si le comportement du témoin en cause semblait naturel. Il convient d'examiner de manière raisonnable la cohérence de son exposé des faits à la lumière des probabilités se rapportant aux conditions qui existent à l'heure actuelle. Bref, pour déterminer si la version d'un témoin est conforme à la vérité dans un cas de cette nature, il faut déterminer si son témoignage est compatible avec celui qu'une personne sensée et informée aurait fait, selon la prépondérance des probabilités, au même endroit et dans les mêmes circonstances.*

⁴³ *Arumugam c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1994] O.J. (Quicklaw) n° 122, par. 5 (C.F.); *Alza c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, (1996) 110 F.T.R. 187 (C.F.), cette preuve peut consister en des facteurs généraux ou des circonstances ambiantes qui font que certaines allégations sont invraisemblables.

⁴⁴ *Badri c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [2000] B.C.J. (Quicklaw) n° 1979, par. 45 (C.F.) Mais on verra dans la deuxième partie que ces usages posent problèmes.

⁴⁵ *Leung c. Minister of Employment and Immigration*, (1994) 81 F.T.R. 303, 307 (C.F.).

⁴⁶ *Njoko c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, [1995] O.J. (Quicklaw) n° 119, par. 6 (C.F.). Le cas échéant, la décision viole les principes de la justice naturelle et peut être annulée.

⁴⁷ *Dumitru c. Minister of Employment & Immigration of Canada*, (1994) 27 Imm. L.R. (2d) 62, 65 (C.F.).

de preuve libre par la SPR, car c'est à cette étape que la Cour a signalé l'importance de la variable culturelle. À plusieurs reprises, la Cour fédérale d'appel a indiqué aux commissaires qu'ils devaient être prudents lorsqu'ils apprécient les normes et pratiques issues de différentes cultures, qu'il s'agisse du fonctionnement des systèmes politiques, policiers et sociaux dans d'autres pays⁴⁸. Elle a précisé que la compréhension du demandeur quant aux faits ayant mené à sa fuite peut sembler invraisemblable selon les normes canadiennes, mais être plausible lorsque replacée dans le contexte social d'interprétation d'une culture étrangère⁴⁹.

Cette réflexion de la Cour fédérale d'appel sur les conditions équitables de recherche de la vérité et de raisonnement dans un contexte décisionnel multiculturel a insufflé un renouveau qui n'a cependant été que faiblement intégré dans la culture institutionnelle de la SPR. Un des facteurs qui peut expliquer le succès mitigé de cette jurisprudence de la Cour fédérale est la très grande incertitude relative aux connaissances sur lesquelles la demande est fondée. Les faits relatés par le demandeur ne sont pas directement

⁴⁸ *Ye c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1992] O.J. (Quicklaw) n° 584, par. 9 (C.A.F.); *Aden c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [1996] O.J. (Quicklaw) n° 1100 (C.A.F.); *Pathmanathan c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 641, par. 7 (C.F.); *Karikari c. Minister of Employment and Immigration*, (1994) 169 N.R. 131, 138 (C.A.F.).

⁴⁹ Dans un certain nombre de décisions, la Cour a prévenu la SSR de ne pas imposer les concepts occidentaux, les critères canadiens ou la logique et l'expérience nord-américaines, sans tenir compte du contexte socio-politique du cas dont elle est saisie et des circonstances particulières du demandeur : *Ye c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, précité, note 48; *Bains c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, précité, note 31; *Rahnema c. Solicitor General of Canada*, (1993) 22 Imm. L.R. (2d) 127, 134 (C.F.). Dans *Rahnema*, le demandeur iranien a expliqué qu'il a suivi les conseils du passeur et a détruit son faux passeport iranien après avoir franchi le contrôle d'immigration des Philippines lorsqu'il se rendait au Japon en vue de son voyage au Canada. La Cour a statué que la conclusion du tribunal selon laquelle l'explication du demandeur était invraisemblable constituait une erreur de droit parce que le tribunal avait appliqué ses propres normes d'analyse et de jugement plutôt que la norme raisonnable de la personne se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur. Voir aussi : *Sun c. Minister of Employment & Immigration of Canada*, (1993) 24 Imm. L.R. (2d) 226, 227 (C.F.).

vérifiables : ils se sont déroulés dans un État étranger et durant une période de temps qui est souvent très éloignée de l'audition du récit par la SPR. Dans la majorité des cas, le décideur n'a accès qu'à un récit incomplet, soit la version des faits du demandeur qui, de plus, témoigne très souvent par l'entremise d'un interprète. Ainsi, du point de vue des décideurs, le problème est le suivant : comment peuvent-ils raisonner à propos de choses qui ne font pas partie de leur quotidien, alors que l'information provenant de ce contexte étranger est incertaine, fragmentaire et constamment changeante? À moins d'être un véritable expert d'une culture étrangère, il faut admettre que, dans un tel contexte et en tenant compte des prescriptions de la Cour fédérale d'appel, l'examen d'un témoignage est d'une subtilité qui ne peut s'acquérir que par de longs apprentissages. Dans le cas de la SPR, le manque d'expertise des commissaires pour traiter les preuves testimoniales de demandeurs provenant de cultures étrangères constitue un sérieux handicap qui a nui à l'intégration de la présomption de bonne foi dans la procédure de détermination du statut de réfugié.

2. L'intégration faible de la présomption dans le droit

L'application de la présomption de bonne foi ne permet pas aux commissaires de fonder leurs jugements sur des assises selon lesquelles l'existence d'une vérité crûment universelle serait acceptée. Afin que la présomption de bonne foi puisse être intégrée avec succès dans le processus de détermination du statut de réfugié, il aurait fallu que les décideurs soient en mesure de remettre eux-mêmes en cause les fondements de leur sens commun. Ce n'est que par l'apprentissage de ce regard critique face à eux-mêmes qu'il aurait été possible pour les décideurs de faire l'examen nuancé et sans préjugé auquel la Cour fédérale les conviait. En somme, il faudrait ni plus, ni moins que les commissaires soient des experts dans le domaine des cultures étrangères.

Il n'est pas étonnant que la Cour fédérale d'appel ait construit sa jurisprudence à partir du concept d'expertise puisque le fondement du régime de preuve libre repose sur cette idée selon laquelle les décideurs sont des experts. En droit administratif canadien, le concept d'expertise fait tellement partie du discours dominant dans le domaine de la justice administrative qu'il a, en quelque sorte, acquis le statut de postulat. Il a d'ailleurs été intégré dans la jurisprudence de la Cour suprême en matière de contrôle judiciaire.

Depuis l'arrêt *Bibeault* de 1988⁵⁰, le critère de l'expertise est devenu un élément d'analyse incontournable lors de la détermination de la norme de contrôle des décisions administratives.

Mais que signifie au juste l'expertise? Est-ce que la SPR est un tribunal expert? Évidemment, la réponse à cette question dépend de la définition que l'on donne au concept d'expertise. À cet égard, la Cour suprême n'a pas été particulièrement loquace, et même plutôt ambiguë. Afin de pallier ce problème, je proposerai dans un premier temps une définition du concept d'expertise des décideurs. À partir de cette définition, il faudra conclure que la SPR ne peut pas être qualifiée de tribunal expert. Il s'agit simplement d'un tribunal spécialisé qui requiert néanmoins, pour travailler avec le degré de compétence nécessaire à l'exercice de cette fonction juridictionnelle, l'acquisition de connaissances et d'habiletés pratiques spécifiques. Il est certes possible d'accéder à cette connaissance spécialisée par un mélange adéquat de transmission et d'enrichissement des savoirs et d'apprentissages de savoir-faire. Toutefois, comme je l'expliquerai dans un deuxième temps, il est incertain qu'une telle alchimie se soit produite au sein de la SPR.

a. Une définition du concept d'expertise

Depuis que la Cour suprême a défini chacun des critères de l'analyse pragmatique et fonctionnelle aux fins de la détermination de la norme de contrôle applicable lors de l'examen des décisions administratives, une confusion importante persiste dans la jurisprudence entre les concepts d'expertise et de spécialisation. En effet, dans l'arrêt *Pushpanathan*, la Cour a précisé que le facteur de « l'expertise » englobait plusieurs aspects qu'elle décrit ainsi : « Si le tribunal est doté d'une certaine expertise quant à la réalisation des objectifs d'une loi, que ce soit en raison des connaissances spécialisées de ses commissaires, de sa procédure spéciale ou de moyens non judiciaires d'appliquer la loi, il y a lieu de faire preuve de plus

⁵⁰ *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Avant que la Cour suprême ne choisisse cette orientation, H.W. MacLauchlan avait pris position en ce sens et a écrit un article fort intéressant. Voir : H. Wade MACLAUHLAN, « Judicial Review of Administrative Interpretations of Law: How Much Formalism Can We Reasonably Bear? », (1986) 36 *U.T.L.J.* 343; H. Wade MACLAUHLAN, « Reconciling Curial Deference with a Functional Approach in Substantive and Procedural Judicial Review », (1993) 7 *C.J.A.L.P.* 1.

de retenue »⁵¹. Selon la Cour suprême, un tribunal peut être déclaré expert, soit en raison des personnes qui le composent, soit en raison des moyens qu'il utilise. Bien qu'il soit difficile de bien saisir en quoi le deuxième critère est pertinent à l'analyse de l'expertise d'un tribunal, les qualités particulières de ses décideurs sont plus clairement significatives. Sur ce point, la Cour a formulé l'idée selon laquelle les concepts d'expertise et de connaissances spécialisées avaient des significations similaires. Ce syncrétisme conceptuel engendre un flou que la Haute Cour a tenté de clarifier en invitant les juges à s'interroger sur la question de savoir qui de la cour ou du tribunal administratif était le mieux placé pour répondre à la question en litige. En posant le problème de cette manière, la Cour en est venue à distinguer les questions générales (pour lesquelles le juge n'exercera pas de retenue judiciaire) des questions particulières (pour lesquelles le juge exercera une plus grande retenue judiciaire). Cette différenciation entre le général et le particulier ne contribue pas à une meilleure compréhension du concept d'expertise. Elle ne fait qu'entretenir le flou entre la spécialisation et l'expertise.

Le fait que des personnes possèdent des connaissances spécialisées ne signifie pas nécessairement qu'elles soient des experts dans un domaine donné. Les savoirs spécialisés consistent en une somme de connaissances spécifiques ou particulières par opposition à des savoirs généraux. Qu'elles soient générales ou particulières, les connaissances peuvent être issues d'un savoir expert (scientifique ou artisanal) ou profane. D'ailleurs, lorsque la Cour suprême a énoncé le principe selon lequel les juges en contrôle judiciaire peuvent appliquer la norme de la décision correcte pour annuler les décisions des tribunaux administratifs qui portent sur des questions générales, elle fait référence aux questions de droit (notamment d'ordre constitutionnel). Elle estime donc que ce sont les juges qui sont les mieux placés pour décider de questions générales étant donné, d'une part, qu'ils possèdent un savoir expert sur les questions générales de droit et non les tribunaux administratifs et, d'autre part, qu'il est préférable qu'un pouvoir judiciaire centralisé se charge de déclarer le droit à cet égard.

Quelle est la différence entre les connaissances expertes et profanes? Contrairement aux profanes, les experts partagent un

⁵¹ *Pushpanathan c. Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 29-38.

ensemble de règles, d'attitudes, de postures face au savoir que l'on peut regrouper sous le vocable modes de raisonnements ou encore connaissances normatives. Ils possèdent aussi un ensemble de connaissances descriptives (des faits juridiques, historiques, anthropologiques), mais ce qui les distingue en tant que communauté d'experts, c'est leur façon de raisonner à partir de ces faits. Le profane peut également posséder une somme de connaissances descriptives en droit, en histoire ou en anthropologie, sans qu'il soit capable de raisonner comme un juriste, un historien ou un anthropologue. Il ne fait pas de doute que les personnes ayant acquis un savoir scientifique par l'étude d'une discipline (le savoir académique) sont des experts. Il ne fait également pas de doute que l'expertise peut également être acquise par l'expérience pratique. Il s'agit alors de savoir artisanal. Ainsi, lorsque des décideurs sont nommés en raison de l'expérience qu'ils ont acquise dans un domaine particulier (l'exemple évident ici est celui de la personne qui a fait de la négociation de convention collective pendant 10 ou 20 ans), ils ont acquis les connaissances normatives propres, par exemple, au milieu des relations de travail. Et lorsque ces personnes sont nommées au sein d'un tribunal qui œuvre dans ce secteur d'activités, elles agissent véritablement à titre d'experts et c'est avec leurs connaissances normatives qu'elles sont en mesure de juger si une partie a négocié, par exemple, de bonne foi. Si ces mêmes personnes sont nommées au sein de la SPR, il n'est plus possible de les qualifier d'experts. Même si leurs connaissances descriptives en matière de relations de travail peuvent être profitables dans le cadre d'une demande particulière du statut de réfugié, leurs connaissances normatives en relations de travail leur seront de peu d'utilité.

En somme, tous les tribunaux administratifs sont des tribunaux spécialisés parce qu'ils œuvrent dans des secteurs d'activités qui sont étroitement circonscrits par leur loi constitutive. Ces compétences spécifiques relèvent généralement de leur domaine exclusif, sous réserve des décisions qui peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Mais cette reconnaissance législative de l'autonomie décisionnelle des tribunaux administratifs dans des secteurs spécialisés n'en fait pas des tribunaux experts. L'expertise d'un tribunal ne peut découler que des personnes qui y travaillent, notamment à titre de commissaires. En effet, ce sont les personnes qui possèdent le savoir et ce savoir peut être soit « expert », soit « profane ».

Ainsi, la question qui se pose est la suivante : est-ce que les commissaires peuvent prétendre que leurs connaissances spécialisées relatives à la culture et à l'identité d'étrangers, demandeurs d'asile, relèvent du savoir expert? Il existe certes un savoir expert sur ces questions. Les anthropologues et sociologues peuvent, du moins dans une certaine mesure, prétendre posséder de telles connaissances, de même que les personnes qui ont œuvré dans les camps de réfugiés et encore au Haut Commissariat des réfugiés ou comme conseillers (juridiques) auprès des demandeurs, mais ces personnes sont loin de constituer la majorité des nominations au sein de la SPR⁵². Par ailleurs, l'absence d'expertise peut également être inférée de deux observations.

La première observation est le degré de déférence que les juges de la Cour fédérale accordent aux décisions de la SPR relatives à l'évaluation de la crédibilité du témoignage des demandeurs du statut de réfugié. Traditionnellement, les décisions des tribunaux administratifs portant sur des questions d'évaluation du poids des preuves des faits matériels, y compris la crédibilité du témoin, ne devraient être annulées que lorsque les décisions sont manifestement déraisonnables⁵³ et ce constat s'impose d'autant plus dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle lorsque la Cour reconnaît l'expertise du tribunal.

En effet, l'évaluation du degré d'expertise d'un tribunal est importante, car, à titre de l'un des critères centraux de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, plus le juge reconnaît l'expertise du tribunal, plus il accordera de déférence judiciaire à l'égard des décisions de ce tribunal. Cette déférence aura une existence concrète lors du choix de la norme de contrôle (norme de la décision incorrecte, déraisonnable et manifestement déraisonnable) qui sera fait par la cour de justice. Dans le cas de la SPR, il est très intéressant de noter que la rhétorique de l'expertise oblige les juges de la Cour fédérale à faire des détours pour appliquer, en fait, une norme moins élevée de retenue. Dans un premier groupe de décisions judiciaires, la Cour fédérale avait indiqué qu'elle ne montrerait aucune retenue judiciaire (norme de la décision correcte) à l'endroit de l'évaluation de la vraisemblance d'un témoignage par la SPR. En

⁵² Voir les tableaux 1 et 2 en annexe, ainsi que la description de la procédure de recherche.

⁵³ David J. MULLAN, *Administrative Law*, 3^e éd, Toronto, Carswell, 1996, § 386.

effet, les juges estimaient qu'ils étaient tous aussi bien placés que les commissaires pour déterminer le bien-fondé des déductions basées sur le sens commun⁵⁴. Plus tard, la Cour corrigera son tir et appliquera plutôt la norme de la décision déraisonnable⁵⁵. Bien que l'application de cette norme soit plus en accord avec le discours de l'expertise, il reste que la Cour intervient dans les décisions de la SPR en recourant à une norme de contrôle moins élevée qu'il devrait être d'usage si elle reconnaissait véritablement l'expertise de ce tribunal.

⁵⁴ Dans *Giron c. Minister of Employment and Immigration*, précité, note 41, 239, la Cour a affirmé que la Section

[TRADUCTION] a choisi de fonder en grande partie sa conclusion en l'espèce à l'égard du manque de crédibilité, non pas sur des contradictions internes, des incohérences et des subterfuges, qui constituent l'essentiel du pouvoir discrétionnaire des juges de faits, mais plutôt sur l'in vraisemblance [du récit du demandeur à la lumière de] critères extrinsèques, tels que le raisonnement, le sens commun et la connaissance d'office, qui nécessitent tous de tirer des conclusions que les juges des faits ne sont pas mieux que les autres pour ce faire.

Voir aussi : *Attakora c. Minister of Employment and Immigration*, précité, note 31; *Ansong c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, (1989) 9 Imm. L.R. (2d) 94 (C.A.F.); *Ye c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, précité, note 49, par. 2; *Bains c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, précité, note 31; *Ayimadu-Antwi c. Minister of Employment and Immigration*, (1994) 69 F.T.R. 157, 160 (C.F.).

⁵⁵ Dans *Aguebor c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, (1993) 160 N.R. 315, 316 (C.A.F.) la Cour a clarifié la jurisprudence sur ce point :

Il est exact, comme la Cour l'a dit dans Giron, qu'il peut être plus facile de faire réviser une conclusion d'implausibilité [sic] qui résulte d'inférences plutôt que du comportement du témoin et de contradictions dans le témoignage. La Cour n'a pas, ce disant, exclu le domaine de la plausibilité d'un récit du champ d'expertise du tribunal, pas plus qu'elle n'a établi un critère d'intervention différent selon qu'il s'agisse de « plausibilité » ou de « crédibilité ». Il ne fait pas de doute que le tribunal spécialisé qu'est la Section du statut de réfugié a pleine compétence pour apprécier la plausibilité d'un témoignage. [...] Dans la mesure où les inférences que le tribunal tire ne sont pas déraisonnables au point d'attirer notre intervention, ses conclusions sont à l'abri du contrôle judiciaire.

Les décisions ultérieures indiquent que cela signifie que la même norme de retenue judiciaire qui s'applique aux conclusions en matière de crédibilité s'applique également aux conclusions relatives à l'in vraisemblance. Voir : *Babchine c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [1996] O.J. (Quicklaw) n° 204, par. 8 (C.F.); *Ayodele c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [1997] O.J. (Quicklaw) n° 1833, par. 13 (C.F.) qui a confirmé que la décision *Aguebor* faisait toujours autorité en matière de contrôle judiciaire des conclusions d'in vraisemblances.

L'autre observation découle des efforts considérables qui sont déployés au sein du tribunal afin d'aider les commissaires à acquérir des connaissances particulières en matière d'asile et aussi de la production de guides sur les règles à suivre en matière de preuve, en général, et d'évaluation de la crédibilité, en particulier. En effet, si les commissaires étaient véritablement des experts, auraient-ils besoin d'une formation aussi étendue et d'instruments aussi élaborés afin de les guider dans leur tâche d'évaluer le bien-fondé d'une demande de statut de réfugié?

b. L'acquisition de connaissances spécialisées

Afin d'être nommés au sein de la SPR, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* n'exige pas des candidats qu'ils aient acquis au préalable des connaissances pertinentes à l'exercice de leurs fonctions⁵⁶. Par ailleurs, la pratique montre que le processus de sélection des candidats ne pose pas non plus de telles exigences⁵⁷. Au moment de leur nomination, les commissaires de la SPR ne possèdent généralement pas, tout comme le commun de la population canadienne, des connaissances spécialisées en matière d'asile. Prenant acte de ce constat, la SPR a investi des sommes très importantes afin de favoriser l'acquisition des connaissances nécessaires à l'exercice des fonctions des commissaires.

La formation des commissaires comporte deux volets. Le premier consiste en une formation de base qui leur est dispensée dès leur entrée en fonction. Jusqu'à tout récemment, cette formation de base durait environ un mois et constituait essentiellement un exer-

⁵⁶ L'article 154 (4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 8, exige que 10 % des commissaires soient inscrits au Barreau d'une province ou membre de la Chambre des notaires au Québec depuis au moins cinq ans. Ce ratio de 10 % s'applique à l'ensemble des sections de la Commission : la Section de la protection des réfugiés, la Section d'appel de l'immigration et la Section de l'immigration. Précisons ici que cette nouvelle loi prévoit également la création d'une quatrième section, la Section d'appel des réfugiés, mais elle n'a pas encore été mise sur pied.

⁵⁷ Les six éléments généraux sont : esprit d'analyse et capacité de raisonnement; capacité de prise de décision et jugement; capacité de gestion des activités; capacité de communication; relations interpersonnelles; éthique professionnelle. Voir : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, AFFAIRES PUBLIQUES ET PARLEMENTAIRES, *Document d'information sur le processus de sélection des commissaires*, Ottawa, CISR, 2 janvier 2002. Ce document est disponible sur demande.

cice de transmission de connaissances sur les aspects essentiels de la détermination du statut de réfugié, incluant les aspects juridiques. La formation était la même pour tous les commissaires nouvellement nommés et n'était pas adaptée aux différences académiques ou professionnelles de ces derniers. Ce type de formation laissait peu de trace chez les commissaires qui devaient, par la suite, apprendre à effectuer adéquatement leurs tâches durant l'exercice de leurs fonctions avec toutes les erreurs et ratés que cette façon de faire comporte. Sous la présidence de Peter Showler (1999-2002), la formation a été repensée de fond en comble et elle peut durer jusqu'à six mois tout dépendant des habiletés du commissaire au moment de sa nomination. Elle est généralement beaucoup plus étendue, tant par les sujets que par la profondeur des notions qui font l'objet des enseignements.

Le deuxième volet est constitué de séances de formation permanente. Durant le cours de leur mandat, les commissaires doivent y consacrer une journée de travail par mois. Il est utile de préciser que des ateliers de formation portent sur la sensibilisation aux différences culturelles. Par ailleurs, cette formation est accompagnée d'une organisation du travail par laquelle les gestionnaires cherchent à consolider l'acquisition des connaissances par une pratique ciblée. En effet, les dossiers sont répartis par régions du monde et par équipe de commissaires. Donc, certaines équipes traitent les demandes provenant de l'Asie; d'autres, de l'Afrique, etc. Ces méthodes de formation et de travail ont considérablement enrichi le savoir des commissaires. On peut même affirmer que les commissaires de ce tribunal reçoivent une meilleure formation que dans tout autre tribunal administratif. De plus, le fait de pouvoir travailler à répétition sur des dossiers provenant d'une même région fait une différence notable.

D'une certaine manière, le tribunal a tenté de recréer les conditions pour faire de ses commissaires des experts en matière d'évaluation de la crédibilité des témoignages dans un contexte multiculturel. Toutefois, est-il possible d'en conclure que mission a été accomplie? Au moins un facteur permet d'en douter. Dans un bon nombre de cas, les mandats des commissaires sont courts (2 à 3 ans) et ils n'en obtiennent pas nécessairement le renouvellement. À peine après avoir acquis un bagage utile et intéressant de connaissances, les commissaires peuvent devoir quitter leur poste sans raison. Ceci est navrant, car il en résulte une perte considérable au niveau du savoir et du savoir-faire institutionnel, sans parler de la démotivation

que cette situation peut engendrer. En effet, cet environnement incite peu les commissaires à se perfectionner.

Finalement, il faut dire un mot sur les guides mis à la disposition des commissaires et qui portent sur le droit de la preuve dans un régime de preuve libre⁵⁸ et sur l'évaluation de la crédibilité des témoignages⁵⁹. Ces guides sont préparés par les services juridiques du tribunal. Même s'ils sont bien faits, la formule choisie pour rendre compte du droit laisse songeur. En effet, ces guides constituent une mise en forme cohérente des multiples principes découlant des décisions de la Cour fédérale qui empruntent à la facture des manuels de droit de tradition de common law dont les juristes font usage. Tout comme les guides, ces manuels contiennent des descriptions très détaillées des règles du droit de la preuve et des multiples nuances que les cours y ont apportées au fil des ans dans différents contextes décisionnels administratifs⁶⁰. Dans les guides, toutes les prescriptions jurisprudentielles sont décrites, les unes après les autres, selon un schéma organisationnel par sujet où les questions procédurales et substantielles sont entremêlées⁶¹. Sans remettre en cause l'utilité de connaître le droit positif sur une ques-

⁵⁸ COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, SECTION DE LA PROTECTION DES RÉGUGIÉS, *Guide de la SSR*, Ottawa, Services juridiques, 31 mars 1999, c. 1. Ce document est disponible sur le site Internet de la CISR : [www.cisr.gc.ca].

⁵⁹ COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, SECTION DE LA PROTECTION DES RÉGUGIÉS, *Évaluation de la crédibilité lors de l'examen des demandes d'asile*, Ottawa, Services juridiques, 28 juin 2002. Ce document est disponible sur le site Internet de la CISR : [www.cisr.gc.ca].

⁶⁰ Il n'y a que l'ouvrage du professeur Ouellette qui offre une synthèse des grands principes du droit de la preuve administrative (mais cet ouvrage n'est publié qu'en français) qui soient suffisamment vulgarisés pour être accessible aux décideurs non-juristes oeuvrant dans des tribunaux administratifs. Voir : Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 4.

⁶¹ Voici la table des matières du document portant sur l'évaluation de la crédibilité des témoignages, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, SECTION DE LA PROTECTION DES RÉGUGIÉS, *op. cit.*, note 59 :

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX ET REMARQUES 1.1. Preuve crédibile et digne de foi 1.2 Cohérence des conclusions sur la crédibilité 1.3 Bénéfice du doute 1.4 Avis au demandeur 1.5 Dépositions du demandeur et de témoins et examen de documents 1.6 Décisions interlocutoires sur la crédibilité 1.7 Conclusions sur la crédibilité justifiées par la preuve 1.8 Considérations lors du contrôle judiciaire et de l'appel 1.9 Évaluation des déclarations des témoins. 2. PROBLÈMES PARTICULIERS 2.1 Considérer l'ensemble de la preuve [...] 2.2 Énoncer clairement les conclusions sur la crédibilité et bien les justifier [...] 2.3 Fonder la décision sur

tion donnée, ce style apparaît peu adapté aux besoins des commissaires, surtout ceux qui n'ont pas de formation juridique. Par ailleurs, ce qui frappe particulièrement c'est l'absence d'explication appuyée sur des exemples afin d'illustrer l'évaluation de la crédibilité et de la valeur probante des preuves, et notamment dans un contexte de régime de preuve libre. Quelques paragraphes y sont dédiés, qui du reste relèvent plutôt de la récitation laconique des principes jurisprudentiels. Un effort très minimal a été fait pour expliquer aux commissaires ce qu'il faut faire ou pour développer des concepts de base, tels que « crédibilité », « digne de foi », « cohérence », « pertinence » etc., afin de leur donner un sens lorsqu'ils sont appliqués dans un contexte décisionnel multiculturel⁶².

*
* *

En théorie, la présomption de bonne foi des témoignages des demandeurs du statut de réfugié est en accord avec les valeurs d'équité du processus décisionnel et d'expertise que l'on reconnaît généralement aux tribunaux administratifs. En pratique, cependant, les commissaires ne sont pas des experts. Au plus, on pourrait reconnaître qu'ils possèdent certaines connaissances particulières portant sur la géographie, l'histoire, l'économie, la politique d'une région donnée. Ces connaissances sont utiles pour tester la véracité d'un témoignage sur les faits descriptifs relatés par un demandeur, mais lorsqu'il s'agit de faire des déductions sur le caractère vraisemblable d'un récit, qui emporte l'usage de connaissances qui relèvent plutôt des modes de raisonnement (le sens commun des commissaires), l'application de la présomption de bonne foi est d'un maniement intellectuel plus complexe, notamment parce que les commissaires doivent justifier les motifs de leurs décisions de manière raisonnable.

des preuves et des éléments importants et pertinents de la demande [...] 2.4 Fonder une conclusion d'absence de crédibilité sur une preuve digne de foi [c'est ici au point 2.4.2 que la présomption de vérité est expliquée sur à peine une demi-page] [...] 2.5 Permettre au demandeur d'expliquer les contradictions ou les incohérences dans son témoignage [...] 2.6 Tenir compte des caractéristiques de la procédure [...]

⁶² Depuis les cinq ou six dernières années, il semblerait que les agents de protection des réfugiés soient des juristes; leur rôle serait, entre autres, d'expliquer ces concepts aux commissaires.

En imposant la norme de contrôle de la décision raisonnable, les juges de la Cour fédérale exigent des commissaires qu'ils fassent des raisonnements alambiqués pour des non-experts. Afin d'appliquer raisonnablement la présomption de bonne foi, avec toutes les nuances que cela présuppose, on demande aux commissaires de séparer les contradictions, invraisemblances et exagérations qui n'ont pas pour effet de renverser la présomption, de celles qui ont pour effet de renverser la présomption, et d'expliquer pourquoi celles-ci, plutôt que celles-là, constituent une évaluation raisonnable de la crédibilité du témoignage, le tout dans un contexte où il est permis de douter fortement de l'expertise des décideurs en matière de culture étrangère.

Compte tenu du contexte de travail de la SPR, il est plus aisé de comprendre ce qui pousse les décideurs à recourir à la présomption de mauvaise foi et au contre-interrogatoire afin de vérifier la valeur de la preuve testimoniale du demandeur.

B. L'usage du contre-interrogatoire par la Société de protection des réfugiés

À titre d'outil pour contrer la mauvaise foi, le contre-interrogatoire a vu le jour dans un contexte bien particulier dans la tradition de common law. À partir du moment où les juristes anglais prennent plus clairement conscience de l'effet désastreux des faux témoignages sur les verdicts des jurys, ils réfléchissent sur les moyens de circonscrire la portée des témoignages, voire même de les interdire. À cette époque, les règles de preuve et de procédure du droit de la preuve anglais sont encore trop rudimentaires pour fournir des outils adéquats pour contrer la mauvaise foi. En effet, le droit anglais n'avait pas encore eu la chance de développer des principes qui auraient pu guider l'évaluation du poids des témoignages par le jury. Il y avait certes le serment, mais la crainte de Dieu au XVI^e siècle n'engendrait plus autant de frayeurs, du moins chez les classes dirigeantes⁶³.

Les juristes anglais pouvaient alors, soit se tourner vers ce qui existait déjà en terre continentale, soit créer leurs propres outils. La

⁶³ La crainte de Dieu n'était plus suffisante en soi, ce qui est compréhensible puisqu'en ce début de l'ère moderne, la raison et le doute s'imposaient petit à petit comme modes de pensée.

dernière solution l'emportera, car les expériences continentales, qui ont abouti à la mise au point de techniques de torture comme méthode de recherche de la vérité, n'ont pas été concluantes pour atteindre cet objectif. Bien que la torture ait également été utilisée par les Anglais, elle a plus rapidement fait l'objet de dénonciations, car elle était contraire à la pensée insulaire sur les libertés individuelles. Compte tenu du contexte d'émergence du contre-interrogatoire, c'est avec raison que l'usage du contre-interrogatoire comme instrument de vérification de la valeur des preuves est considéré comme une des plus grandes réussites du droit anglais. Il faut constater son apport important pour assurer un traitement plus équitable des témoins, dans le respect de leur dignité et de leur intégrité en tant que personne (a).

La présomption de mauvaise foi peut-être renversée si, à la suite du contre-interrogatoire, le témoin ne s'est pas contredit, n'a pas été incohérent ou n'a pas fourni d'explications invraisemblables pour justifier ses actes ou les contradictions et exagérations qui émanent de son récit. Cependant, et bien que son efficacité redoutable ait été maintes fois louangée, il faut rappeler que le contre-interrogatoire a été créé pour être utilisé dans un contexte bien particulier où certaines conditions procédurales doivent être rencontrées afin d'en garantir l'usage équitable (b). Dans le contexte de la SPR, ces conditions ne sont pas remplies et il en résulte que le contre-interrogatoire est utilisé non seulement afin de vérifier la valeur de la preuve fournie par le demandeur, y compris afin de tester l'exactitude des faits descriptifs relatés par le demandeur, mais également afin d'évaluer la vraisemblance du récit. Ce dernier type d'interrogatoire soulève des inquiétudes, car il relève plutôt d'une recherche d'opinions que de faits. Ceci comporte des conséquences non négligeables sur l'équité du processus, puisque le contre-interrogatoire n'est plus utilisé comme outil de vérification, mais comme outil de justification (c).

1. Le contexte d'émergence du contre-interrogatoire

En terre continentale et notamment en France, le témoignage oral a préséance sur l'écrit jusqu'au XVI^e siècle, contrairement au droit anglais. C'est le règne du fameux adage « témoins passent lettres ». La preuve testimoniale n'a pas eu trop de peine à s'imposer dans la tradition romano-canonique puisque dans l'évangile selon

saint Matthieu⁶⁴, il était reconnu que la preuve de deux témoignages concordants faisait pleine preuve. Dans le système de preuve dominé par un juge qui se charge seul du procès, le fardeau des décisions est lourd. Les risques d'erreurs sont grands et la crédibilité de l'institution auprès de la classe dirigeante est en jeu. Afin de minimiser les risques, les juges appliquent la règle de la concordance des témoignages avec une rigidité très formelle. Ce n'est que lorsque les témoignages sont en tous points concordants, qu'une pleine preuve est faite. Dans le cas contraire, le juge diminue le poids des preuves. Il peut leur assigner le poids d'une demi-preuve, d'un quart ou d'un huitième de preuve⁶⁵.

Cette façon froidement objective d'évaluer le poids de la preuve a eu pour effet pervers d'amener les témoins à fabriquer leurs dépositions de manière à rencontrer les exigences de cette méthode. Afin de contrecarrer cette perversion du système, les juges se mettent à enquêter secrètement. Ils entendent des témoins, à l'insu des parties au litige, et refusent même de communiquer leurs dépositions et leurs noms. Cette méthode n'a pas eu l'effet escompté. Les preuves ainsi recueillies se sont avérées non seulement moins fiables, mais aussi de moindre qualité. Les témoignages fondés sur des ragots et des dénonciations motivées par la vengeance constituaient les principales sources de renseignements. Ayant à tra-

⁶⁴ Évangile selon saint Matthieu, XXVI, 59-61 : « Cependant les princes des prêtres et tout le Conseil cherchaient un faux témoignage contre Jésus, afin de le faire mourir. Ils n'y parvenaient point, quoique plusieurs faux témoins se fussent présentés. À la fin tout de même, il en vint deux qui déposèrent ainsi : "Cet homme a dit : Je puis détruire le temple de Dieu et le rebâtir en trois jours" ».

⁶⁵ C'est ce système de quarts et de huitièmes de preuve que Voltaire railla dans une lettre à Damilaville sur l'affaire Calas, datée du 3 mai 1763 : « J'ai appris une des raisons du jugement de Toulouse qui va bien étonner votre raison : ces Wisigoths ont pour maxime que quatre quarts de preuve et huit huitièmes font deux preuves complètes, et ils donnent à des ouï-dire les noms de un quart de preuve et de un huitième ». Cette citation est tirée de Jean-Philippe LÉVY, « L'évolution de la preuve, des origines à nos jours », dans SOCIÉTÉ JEAN BODIN POUR L'HISTOIRE COMPARATIVE DES INSTITUTIONS, vol. XVII, *op. cit.*, note 19, p. 9, aux pages 38 et 39.

Au sommet de cette hiérarchie, était placée la notoriété, notorium facti, qui dispense de toute preuve, et on lui assimilait l'aveu in iure (probatio probatissima), la chose jugée (l'un et l'autre formant le notorium iuris) et la présomption légale, relative ou irréfragable (notorium praesumptionis). Venait ensuite la probatio plena, résultant soit de la déposition de deux témoins, soit d'un acte écrit avec préférence, depuis Innocent III, du témoignage sur l'écriture. On plaçait au-dessous la probatio semiplena : testis unus, présomptions de l'homme.

vailer dans un système nettement insatisfaisant, les juges se tournèrent vers l'aveu conçu comme la reine des preuves dans un régime romano-canonique. Pour l'obtenir, tous les moyens étaient acceptables, y compris la torture⁶⁶.

Évidemment, on comprit assez vite que l'aveu obtenu dans de telles conditions n'était pas plus un gage de vérité que les autres moyens de preuve qui avaient jusque-là été testés. Elle fut progressivement délaissée, d'abord, afin de prouver l'acte juridique. En effet, à la suite des progrès réalisés dans l'art de la confection de la preuve écrite préconstituée par les notaires, les juristes français purent conceptualiser plus nettement une première distinction entre la preuve de l'acte juridique et celle des faits matériels, la meilleure preuve de l'acte juridique étant l'écrit et celle du fait matériel, le témoignage oral d'une personne ayant directement eu connaissance des faits à l'origine du litige. Cette classification fondamentale entre l'acte juridique⁶⁷ et les autres faits (les faits matériels⁶⁸)

⁶⁶ En France, elle apparaît dans l'ordonnance de saint Louis de 1254. En Angleterre, elle n'a pas fait partie du droit commun, mais elle a été employée notamment par la Star Chamber durant la période des Tudor et des Stuart. C'est le droit romain et les coutumes des autres pays qui auraient constitué le noyau juridique autorisant la torture, mais elle était contraire au droit des habitants d'Angleterre. Après 1640, elle avait disparu en Angleterre.

⁶⁷ L'acte juridique est défini comme une *manifestation de la volonté individuelle dans le but direct et immédiat de produire des effets juridiques, soit de créer, modifier, éteindre, transférer, confirmer ou reconnaître un droit. Cette définition englobe le contrat bilatéral et unilatéral, mais aussi les actes unilatéraux tels le testament, la renonciation à un droit, le paiement, la promesse d'achat ou de vente et même l'engagement unilatéral découlant d'une offre ou d'une acceptation. Elle comprend les actes constitutifs, déclaratifs et translatifs de droit et les actes de conservation, d'administration et de disposition.*

Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, par. 1319; Gabriel MARTY et Pierre RENAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, t. 1, 2^e éd., Paris, Sirey, 1972, n^o 149.

⁶⁸ Le fait matériel

est celui auquel le droit attribue des effets sans que ceux-ci aient été volontairement recherchés. Cette définition comprend les événements qui surviennent indépendamment de la volonté humaine et qui produisent des effets de droit, tels que le décès, la majorité et la force majeure. Elle englobe aussi les actes posés par une personne, volontairement ou non, qui entraînent des conséquences juridiques, lorsque celles-ci n'ont pas été désirées par son auteur. C'est le cas des faits auxquels la loi attache d'autorité des effets de droit et qui étaient autrefois qualifiés de délits, de quasi-délits, de quasi-contrats ainsi que de tous

constitue encore de nos jours l'architecture du droit de la preuve en droit civil québécois et français⁶⁹.

La torture fut, par la suite, délaissée afin d'obtenir l'aveu d'un fait matériel. Avant même son abolition législative en France en 1789, les juges avaient déjà commencé à remplacer le système de preuve légale par un système de preuve libre à l'instar du droit anglais. En droit contemporain, la preuve testimoniale s'impose comme mode de preuve lorsqu'il s'agit d'établir un fait matériel et, à cet égard, la production d'un écrit n'est admise que de façon exceptionnelle⁷⁰. Le juge siégeant sur une matière de droit civil possède la discrétion pour évaluer la force probante des preuves testimoniales⁷¹.

Les juges et juristes français avaient compris que la torture était très étroitement reliée au formalisme du régime de preuve légale. Les juristes anglais avaient aussi fait ce constat et il était hors de question d'importer ce régime de preuve en Angleterre. Mais le problème de l'examen de la crédibilité des témoignages restait entier et il fallait mettre au point une autre méthode. Il s'agira du contre-interrogatoire. Créé pour être utilisé dans un contexte judiciaire bien particulier, le contre-interrogatoire peut livrer ses promesses, lorsque certaines conditions sont remplies, afin de vérifier la valeur

les autres faits qu'un créancier doit établir pour qu'un débiteur soit tenu de remplir une obligation qui découle de la loi.

J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 67, par. 1320; G. MARTY et P. RENAUD, *op. cit.*, note 67, n° 163.

⁶⁹ Afin d'établir l'existence d'un acte juridique, l'écrit a préséance et la preuve testimoniale est, à cet égard, irrecevable lorsque certaines conditions sont remplies afin de prouver, par exemple, l'existence d'un acte authentique privé (C.c.Q., art. 2813-2821), semi-authentique (C.c.Q., art. 2822 et suiv.) et l'acte sous seing privé (C.c.Q., art. 2826 et suiv.). Ces conditions sont que ces écrits soient complets lors de la signature des parties et qu'ils aient été valablement confectionnés. Les règles de la preuve en droit civil québécois sont édictées dans le Livre 7 du Code civil, aux articles 2803 à 2874.

⁷⁰ C.c.Q., art. 2832 : « L'écrit ni authentique ni semi-authentique qui rapporte un fait peut, sous réserve des règles contenues dans ce livre, être admis en preuve à titre de témoignage ou à titre d'aveu contre son auteur ». C.c.Q., art. 2833 : « Les papiers domestiques qui énoncent un paiement reçu ou qui contiennent la mention que la note supplée au défaut de titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation, font preuve contre leur auteur ».

⁷¹ C.c.Q., art. 2845 : « La force probante du témoignage est laissée à l'appréciation du tribunal ».

d'une preuve et de débusquer la mauvaise foi, et ce de manière équitable à l'égard des témoins.

2. Les conditions procédurales d'un contre-interrogatoire équitable

La technique du contre-interrogatoire a été mise au point dans le contexte du procès par jury, alors que sa composition avait passablement changé entre les XVI^e et XVIII^e siècles⁷². Des jurés locaux possédant des connaissances particulières, c'était dorénavant des personnes ordinaires qui ne connaissaient rien des parties et du litige qui étaient recherchées. Il fallait donc garantir la plus grande simplicité possible au régime de preuve, de manière à ce qu'il soit à la portée de tous. En limitant les preuves admissibles des faits matériels aux seuls témoignages des personnes aptes à déposer en personne et sous le serment, on réduisait ainsi la complexité du procès et le rendait plus accessible à la compréhension des jurés dont le niveau d'éducation était pour la plupart limité. Dans ce contexte, les règles d'exclusion des preuves et la technique du contre-interrogatoire sont étroitement liées.

La pauvreté des preuves admissibles en cour de justice rendait en quelque sorte le contre-interrogatoire essentiel afin de combler les vides, réduire les incohérences ou encore éliminer les preuves contradictoires. Mais le contre-interrogatoire peut être un engin redoutable d'iniquité à l'égard des intéressés, car il peut masquer les préjugés et les méconnaissances. Lorsque les parties y ont recours dans le cadre d'un procès devant une cour de justice, ces effets néfastes peuvent toutefois être contrés par deux formalités : une connaissance au préalable du dossier par le juge et une procédure accusatoire. Or, le processus de détermination du statut de réfugié ne remplit ces formalités qu'à moitié.

⁷² E. GLASSON, *op. cit.*, note 6, t. 4, p. 398-407. À partir du XII^e siècle, lorsqu'il y avait des témoins qui étaient appelés pour témoigner lors d'un procès, la véracité de leurs déclarations n'était pas testée par le contre-interrogatoire. Ce qui importait n'était pas le contenu et la cohérence de leurs déclarations, mais le fait que les témoins prêtaient serment et juraient qu'ils croyaient le récit de la personne en faveur de laquelle ils venaient témoigner. Dans la mesure où les témoins d'une partie racontaient tous la même histoire, c'était le nombre de témoins qui comptait plutôt que la qualité de leurs témoignages : Sir W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. 1., 7^e éd., Londres, Methuen & Co., 1956, p. 303.

a. La connaissance du dossier

Avant de se présenter à l'audience, les juges d'une cour de justice en matière civile ont une connaissance utile d'un dossier. Par le truchement de procédures écrites très élaborées, les juges ont une bonne compréhension des questions en litige et des versions des faits matériels de chacune des parties relatives aux enjeux du procès. Pour des raisons d'efficacité et de simplification du processus décisionnel, il n'y a généralement rien de tel en ce qui concerne les tribunaux administratifs⁷³. Bien que l'importance de la procédure écrite préalable à l'audience varie selon le type d'organisme en cause et les questions qui y sont soulevées, elle n'a pas la même ampleur qu'en matière civile.

C'est sans doute devant les organismes de régulation économique que les procédures écrites sont les plus détaillées, notamment lorsque l'objet de la cause est d'établir une politique affectant l'ensemble de l'industrie réglementée par l'organisme⁷⁴. Pour les autres tribunaux, par contre, les débats écrits sont réduits à leur plus simple expression. Par exemple, s'il s'agit d'un tribunal qui tranche des litiges, les parties présentent succinctement leurs

⁷³ Utilisés ici au sens large pour désigner tant les organismes économiques qui ont pour fonction de réglementer un secteur d'activités économiques (CRTC, ONE, Régie de l'énergie), les tribunaux qui tranchent des litiges (TAQ, Régie du logement) ainsi que ceux qui déterminent si un administré a droit à l'avantage demandé (CISR).

⁷⁴ Voir par exemple la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C., 1991, c. 11, art. 18(3) qui autorise le CRTC à tenir des consultations publiques pour établir des politiques, régler des plaintes et approuver des demandes (autres qu'une licence). Ces consultations se font généralement au moyen d'audiences publiques avec ou sans comparution. Le CRTC recourt à l'audience publique avec comparution lorsqu'il est appelé à se prononcer sur les demandes qui lui sont soumises ou sur les changements qu'il songe à apporter à ses règlements ou à ses politiques. Il annonce la tenue d'une consultation publique en radiodiffusion en faisant paraître un avis public ou un avis d'audience publique dans la *Gazette du Canada*, qui est publiée une fois par semaine. Les audiences avec comparution dans le domaine de la radiodiffusion ont un caractère très informel. CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES, *Comment puis-je faire valoir mon point de vue auprès du CRTC?*, Ottawa, CRTC, novembre 1995 (feuillet de renseignement G6), p. 1-3. Le Conseil peut choisir la procédure qui à son avis servira le mieux l'intérêt public. Sur cette question, voir notamment : Hudson JANISCH, « The Choice of Decision-making Method: Adjudication, Policies and Rulemaking », (1992) *L.S.U.C.S.L.* 259.

doléances au tribunal⁷⁵. Lorsque la fonction du tribunal est d'entendre les administrés avant qu'un avantage ne leur soit retiré (tel un permis), le tribunal envoie un avis d'audience à l'intéressé dans lequel il décrit sommairement les raisons pour lesquelles cette sanction est envisagée⁷⁶. Finalement, dans le cas où la fonction du tribunal serait de déterminer si les administrés satisfont aux conditions législatives afin d'obtenir les prestations, indemnités ou statuts qu'ils réclament, l'administré remplit un formulaire pour établir son droit. C'est le cas de la SPR. Dans le cadre de ce processus, la preuve centrale repose sur le récit du demandeur qui relate d'abord les faits établissant sa crainte bien fondée d'être persécuté par écrit sur une Fiche de renseignements personnels. Cette fiche doit être déposée au greffe de la CISR avant l'audience.

En somme, les commissaires ne connaissent que la version des faits du demandeur avant l'audience, ce qui ne constitue pas une connaissance suffisante du dossier compte tenu de la complexité des questions à régler et de l'importance centrale que revêt la crédibilité des faits relatés par le demandeur. En effet, la procédure de détermination du statut de réfugié ne consiste pas à vérifier l'existence de conditions objectives, telles celles relatives à l'obtention de prestations de chômage, de rentes ou de sécurité du revenu. Bien souvent, les demandes posent des problèmes particuliers relatifs à l'identité des demandeurs, à la prise en compte de leurs besoins particuliers compte tenu des violences physiques et psychologiques qu'ils ont subies. Par ailleurs, l'examen de la crédibilité du témoignage du demandeur peut être beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît à première vue. Dans certains cas, le tribunal doit examiner si l'intéressé avait une possibilité de fuir dans une autre région

⁷⁵ *Loi sur la justice administrative*, précitée, note 13, art. 110 et 111, qui s'applique dans le cadre d'une audience tenue par le Tribunal administratif du Québec. Art. 110 : « Le recours au Tribunal est formé par requête [...] »; art. 111 : « La requête indique la décision qui fait l'objet du recours ou les faits qui y donnent ouverture, expose sommairement les motifs invoqués au soutien du recours et mentionne les conclusions recherchées ».

⁷⁶ Voir, par exemple, l'article 5 de la *Loi sur la justice administrative*, précitée, note 13 : « L'autorité administrative ne peut prendre une ordonnance de faire ou de ne pas faire ou une décision défavorable sur un permis ou une autre autorisation de même nature, sans au préalable : 1^o avoir informé l'administré de son intention ainsi que des motifs sur lesquels celle-ci est fondée; 2^o avoir informé celui-ci, le cas échéant, de la teneur des plaintes et oppositions qui le concernent; [...] ».

située à l'intérieur des frontières de son pays, ou s'il y a eu un changement de circonstances dans son pays de sorte que l'intéressé n'a plus à craindre la persécution, ou encore si le demandeur ne devrait pas être exclu du régime de protection en raison de crimes de guerre ou contre l'humanité.

À moins que l'agent de protection des réfugiés du cas ait fait une enquête avant l'audience, ce qui est peu fréquent compte tenu des contraintes de travail, les commissaires ont une vue d'ensemble du cas qui est très réduite avant de se présenter en salle d'audience. De plus, il faut savoir que la Section de la protection des réfugiés rend en moyenne entre 25 000 et 30 000 décisions par an⁷⁷ et qu'il n'y a qu'environ cent quatre-vingts commissaires pour traiter les dossiers⁷⁸. Ainsi, chaque commissaire ne peut allouer, la plupart du temps, qu'un nombre d'heure minimal à chaque affaire. Aussi, le manque de préparation des commissaires préalablement à l'audience se manifeste de façon particulièrement évidente lors des contre-interrogatoires devant la SPR⁷⁹. Lorsqu'on examine les

⁷⁷ Ce renseignement m'a été fourni par la CISR à la suite de l'entrevue citée à la note 36.

⁷⁸ Pour donner une idée de la charge de travail, il est utile de citer quelques chiffres. Environ cent soixante-dix-sept commissaires siègent à la SPR. En 2001, cette section a reçu au-delà de 45 000 demandes de statut de réfugié. La SPR a été capable de rendre des décisions dans 27 000 dossiers. Ces résultats ont été rendus possibles par une organisation serrée du travail des commissaires. Ainsi, dans la région de Montréal, par exemple, une équipe formée de deux commissaires devait traiter un minimum de 30 dossiers sur une période de 30 jours de travail. Ainsi, l'horaire de travail ressemble *grosso modo* à celui-ci : 15 jours d'audience (un demi-jour par dossier, au minimum); 1 jour de formation; 9 jours pour les délibérés, la rédaction des motifs des décisions négatives (environ 35 % des cas) et pour finaliser les décisions positives. Il reste en somme environ 5 jours à l'équipe de deux commissaires pour préparer 15 dossiers. Ces données m'ont été fournies par un commissaire de la SPR sous le sceau de la confidentialité. Toutefois, j'ai présenté ces données en conférence publique, alors que le Président de la CISR siégeait sur le même *panel* que moi et il n'a pas contesté la validité des chiffres que j'ai présentés. Il a même ajouté que c'était exact de dire que les commissaires travaillaient à un rythme effréné. Bien que depuis l'été 2002, un seul commissaire entende les demandes, il n'y a pas lieu de penser que le ratio de dossiers par décideur changera puisque l'objectif des nouvelles dispositions législatives est de rendre possible le traitement des demandes reçues dans l'année, afin de cesser de grossir le nombre de cas en attente d'une décision.

⁷⁹ On peut observer des phénomènes similaires à la Régie du logement; voir : Claude THOMASSET, *La Régie du logement à découvert*, Montréal, Éditions Louise Courteau, 1987.

transcriptions sténographiques ou qu'on écoute les bandes enregistrées d'audiences, on peut constater à quel point ils sont souvent désorganisés, répétitifs et circulaires. En effet, dans certains cas, les commissaires ou les agents de protection des réfugiés interrogent inutilement les demandeurs sur des détails qui ne mènent nulle part ou ils le font de manière désordonnée, en effectuant d'incessants retours sur des questions qu'ils ont déjà posées et pour lesquelles les demandeurs ont donné des réponses satisfaisantes⁸⁰.

Ne connaissant que la version des faits de l'intéressé, on demande au commissaire de se forger des représentations du contexte social dans lequel le demandeur a vécu⁸¹. L'interprétation de ces représentations est cruciale puisqu'elle structure la compréhension du commissaire quant au caractère crédible du récit du demandeur du statut de réfugié. Pour cette seule raison, il serait opportun de doter ce contexte décisionnel d'une procédure accusatoire afin de mettre les demandeurs et les commissaires un peu plus à l'abri des préjugés et stéréotypes nuisant à une bonne compréhension intersubjective. Mais, dans le contexte de travail des commissaires actuellement en place, il leur est très difficile de s'appuyer sur autre chose que leur seul jugement pour rendre une décision.

b. La procédure accusatoire

La demande du statut de réfugié n'est pas un *lis inter partes*. Après avoir déposé sa demande au greffe du tribunal, le demandeur

⁸⁰ Dans un cas de la Birmanie, l'interrogatoire de la requérante a duré cinq heures et a été effectué de manière désordonnée. On peut noter d'incessants retours sur des questions déjà posées et pour lesquelles la requérante a donné des réponses satisfaisantes. Ces retours ne sont pas justifiés par les commissaires et témoignent d'une attitude accusatoire qui frise le harcèlement. De façon générale, ces retours créent une atmosphère tendue et laissent croire que les commissaires ne croient pas la requérante, sans qu'il soit possible d'identifier avec précision quels sont les faits qui leur apparaissent non crédibles. De fait, les motifs de la décision montrent que les commissaires ne savent pas trop sur quel point attaquer la demande. Ce dossier dénote un manque de préparation préliminaire important qui se fait sentir tout au long de l'audience. Exemple tiré de : F. CRÉPEAU, P. FOXEN, F. HOULE et C. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 7, 68.

⁸¹ Les commissaires peuvent assister à des ateliers de formation continue sur cette question. Sur la formation des commissaires, il faut contacter Rick Stainsby au bureau de Toronto de la CISR.

est entendu par un commissaire, qui peut être assisté d'un agent de protection des réfugiés. Le requérant a le droit d'être représenté par un avocat ou par un autre conseiller. Quant au ministre de l'Immigration, il n'est généralement pas présent lors d'une audience portant sur la demande du statut de réfugié. Techniquement, il n'y a donc pas de partie adverse contestant la demande de l'intéressé, mais l'agent de protection des réfugiés et le commissaire ont la responsabilité de faire toute la lumière sur la demande⁸². Le tribunal joue donc les rôles d'enquêteur, de procureur et de décideur. Lors du processus de détermination du statut de réfugié, les commissaires et les agents de protection des réfugiés jouent un rôle actif durant l'audience, car l'objectif n'est pas simplement de *savoir*, mais de *savoir la vérité afin d'évaluer* si le statut de réfugié peut être reconnu au demandeur. C'est en raison de cette organisation singulière que la procédure de détermination du statut de réfugié au Canada est qualifiée d'hybride : elle n'est ni entièrement accusatoire, ni entièrement inquisitoire.

Vu sous cet angle, le contre-interrogatoire apparaît essentiel afin que les commissaires puissent efficacement évaluer le bien-fondé d'une demande. Tout comme dans le cadre d'une procédure strictement accusatoire, le contre-interrogatoire joue un rôle central à titre d'outil pour vérifier la valeur des preuves et déterminer si le demandeur est de bonne ou mauvaise foi. Mais son usage dans le processus de détermination du statut de réfugié pose des difficultés particulières puisque le commissaire (ou l'agent de protection des réfugiés, lorsqu'il y en a un assigné au dossier) doit faire un effort considérable afin de comprendre correctement le contexte de la demande. À cet égard, il ne s'agit pas simplement de posséder les connaissances des faits et des lieux (géographiques, historiques, politiques, etc.), mais également de posséder une connaissance des codes sociaux régissant les individus composant un groupe cultu-

⁸² Devant les tribunaux administratifs, le principe est que le décideur est maître de la procédure et de la preuve : Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 4, p. 266. L'auteur précise que ce principe trouve application au sein des agences fédérales et provinciales, y compris le Québec. De plus, il a été codifié dans plusieurs textes législatifs. Pour des références jurisprudentielles et législatives sur cette question, voir les notes 32, 33 et 34 de l'ouvrage du professeur Ouellette. Ce principe est également appliqué par la SPR, voir : *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 8, art. 170 (g) et (h). Voir également, à titre d'information : *Loi sur la justice administrative*, précitée, note 13, art. 11.

rel spécifique afin d'accéder, même partiellement⁸³, aux représentations sociales des individus provenant de cette autre culture.

Devant la SPR, la différence culturelle peut se traduire de plusieurs manières. La façon de faire un récit en est une. Ainsi, un demandeur du statut peut ne pas répondre directement aux questions qui lui sont posées et faire de longs détours sur des faits ou même sur des mythes et légendes afin de fournir un contexte qui est important à ses yeux⁸⁴. Pour un commissaire, cette façon de raconter une histoire peut être exaspérante, car il n'en saisira pas la pertinence et pourra l'interpréter comme une tentative de se défilier. Dans ce cas, le commissaire peut être tenté d'y mettre un terme par un contre-interrogatoire serré. En interrompant ainsi à plusieurs reprises le récit du demandeur, la pensée de ce dernier peut devenir complètement désorganisée, voire incohérente, et ces difficultés seront alors interprétées comme un signe de mauvaise foi par le décideur. Le contre-interrogatoire du tribunal peut aussi créer une forte impression chez les demandeurs provenant d'une

⁸³ En effet, les représentations sociales des individus provenant d'une culture constituent un univers chargé de sens qui est difficilement accessible à la compréhension d'un humain provenant d'une autre culture. Voir les références citées à la note 12.

⁸⁴ R.M. EGGLESTON, « Generalisations and Experts », dans William TWINNING (dir.), *Facts in Law*, coll. « Archives de philosophie du droit et de la philosophie sociale », Wiesbaden, Franz Steiner Verlag GMBH, 1983, p. 1 : « *The main common place generalizations are for the most essential a part of our culture for there to be any serious disagreement about them. They are learned from shared experiences, or taught by proverb, myth, legend, history, literature, drama, parental advice, and the mass media* ». Par exemple, dans le cas du TPIR, les témoins africains refuseraient de se soumettre au contre-interrogatoire. Ils auraient expliqué que cette méthode ne fait pas partie de leur coutume. Leur coutume est le palabre. Selon cette coutume, les parties doivent régler leurs différends par la discussion. Par le jeu de la médiation, les interlocuteurs cherchent à faire consensus sur la solution à adopter pour résoudre le problème. Ce serait entre autres pour cette raison qu'une commission de vérité et de réconciliation a été mise sur pied en Afrique du Sud (plutôt qu'un tribunal) pour régler les différends nés de l'Apartheid. Sur la coutume du palabre, voir : voir : Hélène DUMONT, *L'aventure du droit pénal international, un itinéraire qui n'est pas tracé d'avance*, Allocution présentée durant le Colloque Maximilien-Caron 2003 : Hélène DUMONT et Anne-Marie BOISVERT, « Le développement du droit pénal international : un itinéraire qui n'est pas tracé d'avance », dans Hélène DUMONT et Anne-Marie BOISVERT (dir.), *La voie vers la Cour pénale internationale : tous les chemins mènent à Rome*, coll. « Journées Maximilien-Caron », Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 607.

culture où il est d'usage de montrer une attitude de déférence marquée d'un très grand respect pour l'autorité. Ces derniers peuvent alors éprouver des problèmes d'élocution ou s'exprimer par des phrases incomplètes. Bien souvent, ces difficultés d'expression sont perçues par les commissaires comme une réticence délibérée à ne pas vouloir livrer la vérité, alors que l'attitude du demandeur peut tout aussi bien refléter l'anxiété, la peur ou l'embarras⁸⁵. Finalement, les décideurs peuvent, par leurs questions, faire référence à des concepts notamment juridiques que les demandeurs ne comprennent pas ou qui n'existent peut-être même pas dans leurs cultures⁸⁶.

Lorsque le demandeur ou son conseil estime que le contre-interrogatoire du décideur ou de l'agent est basé sur de fausses connaissances ou encore sur des préjugés, il leur est difficile de protester puisque les risques de se mettre le décideur à dos ne sont pas négligeables⁸⁷. De plus, les armes à l'usage des décideurs et des demandeurs sont inégales puisque ces derniers ne peuvent pas uti-

⁸⁵ Ziva KUNDA et Paul THAGARD, « Forming Impressions from Stereotypes, Traits, and Behaviors: A Parallel-Constraint-Satisfaction Theory », (1996) 103 *Psychological Rev.* 284.

⁸⁶ Sur cette question, voir notamment : Louis ASSIER-ANDRIEU, « La conscience et la socialisation juridiques comme thèmes de réflexion anthropologique », dans Chantal KOURISLKY-AUGEVEN (dir.), *Socialisation juridique et conscience du droit*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 76 qui dit : « les nomenclatures, parce qu'elles sont attachées à tel ou tel mode de penser le juridique, ne sont jamais épurées de toute contingence culturelle »; Murielle PARADELLE, « Du déterminisme du milieu : la notion de culpabilité dans la tradition juridique inuit », dans Jacqueline HOAREAU-DODINAU et Pascal TEXIER (dir.), *La culpabilité : actes des XX^e Journées d'histoire du droit*, coll. « Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique », n° 6, Limoges, PULIM, 2001, p. 127.

⁸⁷ Dans l'extrait qui suit, le président de l'audience utilise sa connaissance d'office pour mettre en doute la crédibilité de cette partie du témoignage de la requérante.

Presiding member: - [...] *This event was organized by a school college, right?*

Claimant: - *Yes, school.*

Presiding member: - *OK, I will tell you something now about the culture and I have been involved myself as a youth in these kinds of programs drama, music or dance programme, whatever. I will tell you how they are organized.*

- *When you go in these programs, there are very controlled and the responsibility lies with the institution you go with and the monitors (men or women) you are assigned to. For a female, unless that there are relatives where you are going, you are not let out of sight. [...] That is number one problem. I am having a great amount of difficulty because I come from there. [...]*

liser le contre-interrogatoire pour tester la rectitude des connaissances qui leur sont opposées. Lorsque les débats se déroulent selon une procédure strictement accusatoire, de tels risques se produisent dans une proportion moins importante. En effet, le décideur

Legal counsel for the Claimant: - Excuse me, sir. You raised judicial knowledge. So you present yourself as an expert?

Presiding member: - I did not say "judicial". I said "culturally". I have been there myself in my days, I do know even if I'm here), and I know how they take care of their group so I want to know from the claimant [...] there remain positive problems.

Legal counsel: - But, I understood that, Mr. Chairman. From your question, I concluded that you referred to your judicial knowledge because of your past experience. My question is: where do you come from?

Presiding member: - I come from [...]

Legal counsel: - Don't be offended by my question, it is for the record.

Presiding member: - No, no.

Legal counsel: - I need to know [...] this is why I'm asking you: "When you referred to your past experiences [...]"

Presiding member: - I referred from Pakistan because cultures are the same.

Legal counsel: - OK, however, and again for the record, when you experienced this where your colleagues, men and women, who were with you, boys or girls, where they of the same religions?

Presiding member: - No, different religions.

Legal counsel: - Different religions as well [...]

Presiding member: - I came from a college [...] It is a Christian institution as in this one.

Legal counsel: - OK, please do not be offended by that.

Presiding member: - No.

Legal counsel: - Thank you.

Dans sa décision défavorable à la demanderesse, le tribunal écrit :

The claimant was told by the Presiding Member that coming from Pakistan where cultural realities were similar to those of India, particularly concerning women, the monitors and leaders of a group such as hers would not allow its members to leave their sight. He further added that if the claimant was to visit anyone like "R", someone would accompany her. The Presiding Member reiterated that he had experienced this on several occasions as a student in Pakistan, while travelling with similar groups. Claimant's Counsel asked the Presiding Member to reaffirm his background. The claimant agreed to these comments without providing details as to why such protocol was not observed. The panel does not believe the claimant based on this testimony.

Exemple tiré de : F. CRÉPEAU, P. FOXEN, F. HOULE et C. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 7, 67. Le verbatim de l'interrogatoire est dans le dossier de recherche SAR03-JPC-IND et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs.

y est normalement plus passif. Son rôle est plus clairement confiné à l'écoute des preuves et des arguments des deux parties et à trancher le litige. Bien que le décideur puisse poser des questions durant l'audience, il ne s'immiscera pas à tout moment dans le déroulement de la preuve, comme le font les commissaires de la SPR. Cette relative passivité du décideur est d'ailleurs vue comme un élément important afin de garantir, dans la mesure du possible, l'impartialité du processus. Par ailleurs, lors d'une procédure strictement accusatoire, il est de la responsabilité de chaque partie de contester publiquement et sans crainte de représailles les preuves de la partie adverse. Non seulement chaque partie peut corriger l'inexactitude des faits rapportés par l'autre partie, mais elle peut également faire ressortir les préjugés qui sous-tendent les faits mis en preuve par l'adversaire. Enfin, le contre-interrogatoire abusif par la partie adverse peut être contrôlé par le tribunal qui a le pouvoir d'apporter un secours équitable et impartial à la partie lésée.

Sans prétendre que la procédure accusatoire serait la panacée aux maux de la SPR, cette avenue pourrait être envisagée par le législateur. En effet, lorsqu'on cumule les méconnaissances des enquêteurs des contextes sociaux des demandeurs avec l'obligation de rendre un nombre important de décisions dans un temps déterminé, il y a là rassemblées des conditions pouvant mener à un usage abusif du contre-interrogatoire. Comme on peut le constater dans le processus de détermination du statut de réfugié, le contre-interrogatoire peut clairement servir à suggérer des réponses dans un sens déterminé⁸⁸. De cette manière, le contre-interrogatoire ne sert plus comme instrument de vérification de la valeur des preuves, mais comme outil de justification des décisions.

3. Le contre-interrogatoire comme outil de justification

Les décisions de la SPR montrent que les contre-interrogatoires des demandeurs sont peu nuancés durant l'audience. Les commissaires et les agents de protection ne font pas toujours les efforts qu'ils devraient faire pour corriger leurs méconnaissances à l'égard des faits relatés par les intéressés. Lorsque ces méconnaissances

⁸⁸ D'ailleurs, il aurait fait l'objet de beaucoup de critique en Europe continentale, surtout chez les psychologues allemands. Voir : François GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode*, Paris, Sirey, p. 415 et, pour les critiques des psychologues allemands, voir p. 416 (note infrapaginale 1).

sont identifiées et qu'elles créent des incompréhensions quant à l'importance de certains faits rapportés par le demandeur, les commissaires et les agents ne cherchent pas à clarifier la situation de façon systématique. Au contraire, l'imbroglio reste dans l'ombre et réémerge au moment de la rédaction des motifs : lorsque le récit du demandeur ne cadre pas avec la représentation du décideur, son témoignage est jugé non crédible. Voici deux exemples :

Dans un cas du Rwanda, les commissaires ont dit au demandeur qui est d'origine Tutsi que les différences entre les ethnies Hutus et Tusti sont difficiles à établir. Ainsi, les deux groupes sont également en danger. En conséquence, les commissaires estiment que le demandeur n'a pas établi qu'il a une crainte bien fondée de persécution en raison de son origine ethnique. Toutefois, lors de l'audience, le demandeur a expliqué que, même s'il est vrai qu'il y a absence de marques distinctives entre ces deux groupes, chacun sait dans les communautés qui est d'origine Tutsi ou Hutu et la persécution est basée sur cette connaissance.⁸⁹

Dans un autre cas de l'Inde, les commissaires doutent que la requérante soit allée seule chez sa cheffe du groupe de danse folklorique. Selon le président de la formation, les jeunes filles ne sont pas autorisées à sortir seules lorsqu'elles font partie d'un groupe organisé. Pourtant la requérante mentionne à plusieurs reprises qu'elle était la seule jeune fille de religion catholique parmi le groupe de danseuses folkloriques de religion Hindou. Puisque les catholiques en Inde sont considérés comme des êtres de caste inférieure par les Hindous, c'est pour cette raison que la cheffe de groupe, qui est membre de la communauté religieuse Sikh, l'a

⁸⁹ F. CRÉPEAU, P. FOXEN, F. HOULE et C. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 7, 70. La Cour fédérale a contrôlé la validité de quelques décisions de la SPR, parce qu'elle avait fondé une conclusion sur l'origine ethnique du demandeur en s'appuyant simplement sur un jugement issu de son sens commun : *Pluhar c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, (1999) 174 F.T.R. 153 (C.F.) et, dans *Mitac c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, (1999) 175 F.T.R. 155 (C.F.), la Cour s'est dit d'avis qu'il était dangereux pour un commissaire de se fier uniquement sur l'apparence physique d'un demandeur. Par contre, le jugement fondé sur des caractéristiques telles l'apparence, la langue, les pratiques culturelles et les amis peut, compte tenu des circonstances, être raisonnable. Voir : *Bartonik c. Minister of Citizenship and Immigration of Canada*, (2000) 191 F.T.R. 162 (C.F.); *Tugambayev c. Minister of Citizenship and Immigration of Canada*, (2000) 188 F.T.R. 127, 129 (C.F.); *Mikhailov c. Minister of Citizenship & Immigration of Canada*, (2000) 9 Imm. L.R. (3d) 293, 295 (C.F.). Par contre, dans *Szostak c. Minister of Citizenship & Immigration of Canada*, (2001) 16 Imm. L.R. (3d) 273, 279 (C.F.), il a été décidé que ces critères constituaient un stéréotype sans fondement probant.

*invitée chez elle puisque cette communauté religieuse rejette le système des castes hindoues.*⁹⁰

On peut également noter un manque d'empressement à résoudre les malentendus résultant des préjugés véhiculés par le décideur, lesquels peuvent être basés sur le sexe, l'ethnie, la religion ou l'orientation sexuelle. Encore une fois, les commissaires et les agents de protection ne tenteront pas toujours de comprendre la situation et se limiteront à porter un jugement négatif sur le comportement du demandeur dans les motifs de la décision.

*Dans un cas du Mexique, le commissaire blâme le demandeur durant l'audience à la fois pour avoir tenté d'aider son compagnon (en demandant aux soldats de faire quelque chose) et pour n'avoir pas aidé le jeune homme (en partant, à la suite des menaces reçues par les soldats). Dans ses motifs, le commissaire suggère que le demandeur a manqué de courage dans les deux cas. Il renforce ainsi le stéréotype selon lequel l'homosexualité est liée à la faiblesse morale et physique de l'individu. Il reproduit l'idéologie machiste voulant que les homosexuels soient les auteurs de leur propre victimisation : les homosexuels « méritent », à cause de leurs faiblesses, les abus qu'ils subissent.*⁹¹

Il est également possible de noter plusieurs attitudes de déni chez les commissaires et les agents qui peuvent prendre la forme d'une banalisation d'une situation grave⁹² ou d'un préambule de

⁹⁰ Le verbatim de l'interrogatoire est dans le dossier de recherche SAR03-JPC-IND et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs. Dans *Xu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1992] O.J. (Quicklaw) n° 810 (C.A.F.) et *Bains c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, précité, note 31, 300, la Cour fédérale a précisé que la preuve du demandeur peut réfuter un jugement selon lequel le témoignage comporte des invraisemblances.

⁹¹ Le verbatim de l'entrevue est dans le dossier de recherche CAG02-JPC-Mex et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs.

⁹² Dans un autre cas, le tribunal insinue que les craintes du revendicateur pour sa vie sont purement subjectives (il faut comprendre essayiez de fuir?) Demandeur : « J'étais en plein milieu de la plantation et j'ai entendu des coups de feu, j'ai pensé, et c'est toujours ce que je crois, qu'ils essayaient de me tuer. » Commissaire : « Okay, donc vous en n'êtes pas certain? » Demandeur : (Interloqué, retient sa colère) « Pensez-vous qu'ils tiraient sur les plants de maïs? » Exemple tiré de : C. ROUSSEAU, F. CRÉPEAU, P. FOXEN et F. HOULE, *loc. cit.*, note 6, 60 (dans *JRS*). Le verbatim de l'entrevue est dans le dossier de recherche AMG02-JPC-Hon et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs.

question où ils indiqueront leur refus d'entendre les événements violents d'un récit⁹³. Dans d'autres cas, ils passeront très rapidement sur les événements fondamentaux ayant mené les requérants à fuir leur pays pour orienter les interrogatoires sur des questions qui manquent de pertinence par rapport à l'ensemble de la preuve, telles la description de l'organisation spatiale de certains lieux (le nombre de places, de chaises, leur disposition), la localisation géographique exacte de lieux, les données statistiques sur la population, la description exacte du rôle de l'agent dans le renouvellement des passeports, l'absence d'une demande d'un permis pour manifester. Lorsque l'interrogatoire revient fréquemment sur des questions auxquelles les requérants ont déjà répondu, et souvent, de façon cohérente et directe, ceci a pour effet de les désorienter et parfois de provoquer des silences hésitants qui sont interprétés comme de la mauvaise foi nuisant à la crédibilité de leurs témoignages. En effet, toutes les contradictions, même les plus insignifiantes, semblent avoir parfois comme conséquence, pour les commissaires, d'effriter davantage la crédibilité du témoignage.

Dans une affaire provenant du Myanmar, l'intéressée demande le statut de réfugié en invoquant une crainte de persécution basée sur ses opinions politiques. Le commissaire a trouvé des renseignements dans la preuve documentaire qui ne correspondaient pas exactement au témoignage de la demanderesse. Il y a puisé une raison suffisante pour mettre en doute la crédibilité de cette dernière, alors qu'il s'agissait d'un détail insignifiant. En effet, l'intéressée a déclaré que la persécution est survenue après qu'elle ait joint la Ligue nationale pour la démocratie (LND) au mois de juillet 1988 et qu'elle ait participé à leurs activités politiques. En septembre 1988, elle a été détenue pendant trois heures à la suite de sa participation à des grèves et à des manifestations antigouvernementales. Le tribunal ne croit pas que la demanderesse était membre de la LND. Les commissaires font état de la preuve documentaire qui révèle

⁹³ Dans un cas, la présidente de la séance précise dès le début de l'audience qu'elle « ne veut pas entendre le récit du demandeur, puisqu'elle était d'avis que le demandeur raconterait la même histoire que celle qu'elle avait lue dans la Fiche de renseignements personnels. Elle rejette la requête de l'avocat qui voulait poser des questions de clarification au demandeur pour ensuite demander à l'agent d'audience de procéder à l'interrogatoire du demandeur et, finalement, elle rejette la demande en raison d'un manque de crédibilité du récit. » Exemple tiré de : F. CRÉPEAU, P. FOXEN, F. HOULE et C. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 7, 68. Le verbatim des entrevues est dans les dossiers de recherche NGCR03-J-RDC; ASI01-JPC-Mex et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs.

que la LND a été formée au mois d'août 1988 et qu'elle n'a été enregistrée comme parti politique qu'à la fin de septembre 1988. Le tribunal conclut qu'il : « est impossible que la demanderesse ait joint le LND en juillet 1988 puisque ce mouvement n'était pas encore formé ou enregistré. Cette incohérence au niveau de la date, qui est au cœur de sa revendication eu égard à son implication politique, a des conséquences négatives sur la crédibilité du témoignage.⁹⁴

En somme, c'est comme si le cumul des incohérences pouvait s'additionner de manière mathématique. Après avoir fait la somme des contradictions, lorsque les commissaires estiment avoir accumulé suffisamment de preuves pour conclure que le témoignage n'est pas digne de foi, ils rejettent la demande même si les mensonges, exagérations ou contradictions imputés à l'intéressé ne portent pas sur des points fondamentaux de sa demande⁹⁵. Il en résulte souvent des décisions qui reposent sur des raisonnements vagues, non concluants; bref, inéquitables.

Dans la même affaire provenant du Myanmar, l'intéressée déclare qu'elle est bachelière en science et diplômée en comptabilité. Sur le formulaire qu'elle a rempli pour appuyer sa demande, la requérante déclare avoir demeuré au Pakistan au moins 6 ans (après avoir quitté le Myanmar et avant de demander l'asile au Canada), mais sans donner de détails des événements qui se sont passés durant ces années. Lors de l'audience, les commissaires lui ont demandé pourquoi elle avait été si peu loquace sur ce sujet lorsqu'elle a complété le formulaire. Son avocat prend la parole et explique que c'est lui qui a conseillé à sa cliente de ne pas inclure les détails de sa vie au Pakistan sur le formulaire. Dans les motifs de la décision, les commissaires écrivent qu'ils n'acceptent pas cette explication parce que « la demanderesse est une personne instruite qui a la responsabilité de se décharger de son fardeau de preuve » et ils ont tiré des conséquences négatives sur la crédibilité de son témoignage. Pourtant, il n'était pas déterminant d'inscrire ces renseignements sur le

⁹⁴ Le verbatim de l'entrevue est dans le dossier de recherche SAR02-JP-Mya et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs.

⁹⁵ La Cour fédérale a mis la SPR en garde contre les examens microscopiques des témoignages : *Rawal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [2002] A.Q. (Quicklaw) n° 116, par. 25 (C.F.); *Attakora c. Minister of Employment and Immigration*, précité, note 31, 169 : La SPR ne doit pas mettre de zèle « à déceler des contradictions dans le témoignage du requérant [...] elle ne devrait pas manifester une vigilance excessive en examinant à la loupe les éléments de preuve ».

*formulaire puisque la demande de statut de réfugié de la demanderesse est basée sur des faits qui se sont passés au Myanmar.*⁹⁶

Dans les pires cas, les contre-interrogatoires constituent de véritables exercices d'intimidation. Dans certaines affaires, le ton des interrogatoires peut montrer la colère, l'exaspération, l'agressivité, l'ironie et, de façon générale, le manque d'empathie⁹⁷. Il peut également arriver que les questions posées aux requérants soient clairement injustes⁹⁸ ou que les questions soient des reproches déguisés portant sur les actions que les requérants ont entreprises et celles qu'ils auraient dû entreprendre⁹⁹.

⁹⁶ Le verbatim de l'entrevue est dans le dossier de recherche SAR02-JP-Mya et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs.

⁹⁷ Par exemple, dans un cas, un commissaire a demandé à la requérante si elle était habituée de désobéir à ses parents. Voir le verbatim de l'entrevue dans le dossier de recherche SAR02-JP-Mya, reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs. Dans un autre cas, le ton général de l'audience est très agressif et le demandeur, qui avait été torturé, est visiblement terrorisé puisqu'un des commissaires lui dit : « je suis certain que monsieur n'a pas peur de nous, j'espère que monsieur n'a pas peur de nous ». Le requérant répond : « un peu ». Le membre rétorque, sur un ton condescendant : « un petit peu, mais qu'il soit à l'aise, on est ici pour écouter son histoire ». Le verbatim de l'entrevue est dans le dossier de recherche AS101-JCP-Mex et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs.

⁹⁸ Les commissaires et les agents demandent, par exemple, d'expliquer de façon logique et rationnelle les irrégularités et les absurdités qui se passent dans des pays en crise ou gouvernés par des dictateurs. Le verbatim de l'entrevue est dans le dossier de recherche SAR02-JP-Mya et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs.

⁹⁹ Dans un cas du Congo, l'agent chargé du cas s'étonne qu'après que Kabila ait demandé à la population de dénoncer les abus du régime de Mobutu, la famille de la revendicatrice ait attendu si longtemps pour dénoncer les faits reprochés à l'agent persécuteur. Plus loin, un membre s'étonne que le père de la revendicatrice ait été assez naïf pour croire qu'on allait lui rendre justice en dénonçant l'agresseur de sa fille, alors qu'il était connu en 1998 que le régime de Kabila ne respectait en rien la règle de droit. Ce motif a été repris dans la décision pour justifier la conclusion que le récit n'était pas crédible. Le verbatim de l'entrevue est dans le dossier de recherche NGCR03-J-RDC et est reproduit dans le rapport préliminaire de cette recherche disciplinaire. Ce rapport est disponible auprès de l'un des chercheurs.

Toutes ces formes de contre-interrogatoires témoignent d'une hâte à boucler l'affaire rapidement et à trouver des motifs qui apparaîtraient raisonnables aux yeux d'un juge de la division de 1^{re} instance de la Cour fédérale. Étant donné que la demande de contrôle judiciaire ne s'exerce que sur autorisation d'un juge et que cette division de la Cour exerce son rôle de surveillance à l'égard d'un grand nombre de tribunaux administratifs fédéraux, seules les décisions comportant des erreurs évidentes seront entendues par la Cour. Par conséquent, un pourcentage limité de décisions de la SPR fait l'objet d'un examen par la Cour. Ce faible taux d'interventions ne doit pas, cependant, être interprété comme signifiant un haut degré de satisfaction à l'égard des décisions de la SPR; tout au plus, cela veut dire que la Cour n'a ni le temps, ni les ressources pour surveiller et contrôler toutes les illégalités commises par l'Administration publique, y compris la SPR¹⁰⁰.

Néanmoins, lorsque les juges de la Cour s'immiscent dans le processus décisionnel, ils donnent des directives à la SPR qui visent à les guider utilement afin d'éviter, dans la mesure du possible, que de grossières erreurs ne se produisent. À cet égard, les juges ont entre autres demandé aux commissaires de s'appuyer sur les documents publics pour justifier leurs décisions concluant à la non-crédibilité des témoignages des demandeurs. En effet, le document public revêt des qualités d'objectivité qui le rend plus attrayant sur le plan de l'impartialité que le seul sens commun des commissaires et agents de la SPR. Il offre également plus de garantie du respect du principe d'équité procédurale parce qu'il est plus facile pour le demandeur de réfuter la teneur du document public que de contes-

¹⁰⁰ Ce qui est navrant compte tenu des répercussions possibles sur la sécurité des demandeurs. Dans la plupart des cas, ce problème pourrait être réglé si la Section d'appel des réfugiés, qui a été instituée par le législateur dans la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 8, art. 151, était rendue opérationnelle. Il serait par ailleurs difficile d'établir des statistiques significatives sur le taux de satisfaction de la Cour à l'égard des décisions de la SPR puisque les intérêts de la Cour varient au fil des ans et les sujets pour lesquels les autorisations d'exercer un recours en contrôle judiciaire se diversifient en conséquence. Ainsi, les questions relatives à l'évaluation de la crédibilité des témoignages ont plus clairement intéressé la Cour lors des premières années du fonctionnement de la SPR, alors que ces dernières années, il semble bien que ce soit plus clairement les questions relatives à la sécurité qui attirent son attention (telles les affaires relatives aux crimes de guerre ou contre l'humanité, ou les crimes graves de droit commun ou encore les cas pouvant mettre le public en danger).

ter le sens commun des commissaires et des agents de protection des réfugiés. Ces quelques facteurs expliquent l'importante utilisation de ce moyen de preuve dans le cadre de la procédure du statut de réfugié.

II. La présomption d'objectivité du document public

Établie en 1978, la première procédure canadienne de détermination du statut de réfugié prévoyait que le demandeur devait déposer un dossier écrit auprès du Comité consultatif sur les réfugiés dans lequel il établissait les faits de sa demande. Ce Comité examinait ce dossier à la lumière de renseignements qui n'étaient pas divulgués au demandeur. Ce dernier n'était donc pas en mesure de contredire ou de réfuter les faits allant à l'encontre de ses prétentions. Ainsi, lorsque les faits révélés dans la demande ne correspondaient pas à ces renseignements dont le Comité tenait compte, ce dernier pouvait faire une recommandation négative au ministre de l'Immigration au motif que les allégations du demandeur n'étaient pas crédibles. À la suite de son examen, le Comité acheminait le dossier et sa recommandation au ministre. Ce dernier prenait la décision à la suite d'une procédure qui n'octroyait pas, en somme, le droit d'être entendu au demandeur du statut de réfugié¹⁰¹.

Ce déséquilibre procédural était tel que la Cour suprême a déclaré ce processus invalide dans l'arrêt *Singh* au motif que le législateur n'avait pas prévu l'audition de la demande et que le régime législatif excluait une telle possibilité. Cette procédure a été remplacée en 1989. En créant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, le législateur a manifesté une volonté claire d'assurer à chaque demandeur du statut de réfugié le droit de se faire entendre. Afin de fournir un secours équitable aux demandeurs et aider les décideurs à se forger une vue d'ensemble des faits

¹⁰¹ Mais le demandeur pouvait faire appel d'une décision négative à la Commission d'appel de l'immigration. Toutefois, cette Commission était autorisée à procéder à une redétermination de la demande seulement si elle était d'avis qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'une demande pourrait, à la suite d'une audience, être établie : *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 856, 865; *Lugano c. Ministère de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1976] 2 C.F. 438, 443 (C.A.F.).

pertinents à la demande (tant matériels que contextuels), le gouvernement fédéral a, de plus, octroyé les crédits nécessaires au tribunal afin que son président mette sur pied un centre de documentation¹⁰². C'est dans ce contexte qu'est née la Direction générale de l'information, de la recherche et de la documentation à qui l'on a confié deux mandats principaux¹⁰³: aider les commissaires à trouver les renseignements dont ils ont besoin pour faire toute la lumière sur un cas particulier et mettre à la disposition du public de la documentation à jour sur les droits de la personne, incluant le droit et les pratiques dans les pays d'origine des demandeurs du statut de réfugié¹⁰⁴. Tous ces renseignements peuvent être déposés en preuve et être utilisés afin de vérifier le caractère crédible et digne de foi des renseignements divulgués par l'intéressé au sujet des événements particuliers l'ayant mené à revendiquer le statut de réfugié.

¹⁰² Walter G. PLAUT, *La reconnaissance au Canada du statut de réfugié : propositions relatives à l'élaboration d'un nouveau processus*, Ottawa, Approvisionnement et services, 1985, p. 135. L'idée de la création d'un centre de documentation tient son origine de ce rapport. Le rabbin Plaut avait été nommé conseiller spécial sur les politiques par la ministre Flora MacDonald afin qu'il fasse rapport sur le processus de détermination du statut de réfugié. Dans son rapport, le rabbin Plaut a souligné l'importance que les décideurs aient une très grande connaissance des conditions régnant à l'intérieur du pays de provenance du demandeur. Selon le rabbin, cette information faciliterait grandement la prise de décisions équitables. Sur le développement du centre, voir : Sharon RUSU, « The Development of Canada's Immigration and Refugee Board Documentation Centre », (1989) 1 *Int. J. Refugee L.* 319.

¹⁰³ Cet organisme est intégré au tribunal, mais il possède une certaine indépendance par rapport aux commissaires : voir F. HOULE, *loc. cit.*, note 14, 25. Je ne traiterai pas de certains renseignements qui émanent d'organismes administratifs centraux, car ils constituent des renseignements personnels sur le demandeur. Ces renseignements dits ministériels sont ceux recueillis par des agents du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration dans l'exercice de leurs fonctions incluant, entre autres, les copies des pièces d'identité et de documents de voyage, les questionnaires et les rapports des agents d'immigration, etc. Cette catégorie inclut aussi les résultats des vérifications faites par la G.R.C. sur l'identité et les antécédents criminels du demandeur. Depuis les débuts du tribunal, ces deux catégories de renseignements sont déposés en preuve selon la procédure habituelle ou transmis par le ministère au tribunal qui les divulgue au demandeur. Ce dernier est également invité à formuler des observations écrites qui sont versées au dossier.

¹⁰⁴ Voir le site Internet de la CISR – Recherche sur les pays d'origine; à propos de la Direction des recherches: [http://www.cisr.gc.ca/fr/recherche/apropos/index_f.htm] (site visité le 17 avril 2003).

Les recherchistes du centre produisent des rapports qui sont disponibles sur support électronique dans trois banques de données accessibles au public. Les deux premières banques, REFINFO et REFEXTEN¹⁰⁵, contiennent des réponses aux demandes de renseignements des commissaires sur le pays d'origine des réfugiés, sur les migrations et sur des questions relatives aux droits de la personne. Dans la banque REFINFO, on y trouve des réponses courtes aux demandes d'information des commissaires et, dans la deuxième, REFEXTEN, des réponses approfondies. Les questions des commissaires peuvent porter sur une multitude de sujets touchant des faits précis qui ont été allégués par les demandeurs. Par exemple, les commissaires peuvent demander des renseignements sur la situation des supporters du Parti Wahadad en Afghanistan¹⁰⁶, sur l'existence des Talibans en tant que groupe politico-militaire entre 1991 et 1994¹⁰⁷, sur la situation des gays et lesbiennes en Russie¹⁰⁸, sur l'histoire, les détails de la pratique et les structures de la religion Falun Dafa (Falun Gong) en Chine ainsi que sur le traitement de ses adeptes par le gouvernement chinois¹⁰⁹.

Le deuxième type de rapports est disponible dans la banque de données REFQUEST. Ces rapports compilent des renseignements provenant de sources publiques. Ils visent à fournir une vaste gamme de renseignements généraux sur la situation régnant à l'intérieur des principaux pays d'origine des demandeurs du statut de réfugié. Ils contiennent entre autres des chronologies d'événements importants dans l'histoire du pays, des informations sur la géographie, la politique, l'économie, le respect des droits de la personne et d'autres questions sociales. Ces rapports sont le fruit des analyses des recherchistes du centre qui examinent et évaluent l'information qu'ils possèdent, notamment celle compilée par le centre. Afin de produire ces rapports-maisons, les recherchistes se basent notamment sur les enquêtes, études et commentaires faits par des observateurs provenant du Canada et d'ailleurs, tels des organismes nationaux et internationaux (Amnistie internationale,

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ Demande n° AFG38771.E du 16 avril 2002 qui est disponible sur le site Internet de la CISR : [http://www.cisr.gc.ca/cgi-bin/foliocgi.exe/refinfo_f/query=*/doc].

¹⁰⁷ Sur le même site, voir la demande n° AFG32557.F du 25 août 1999.

¹⁰⁸ Sur le même site, voir la demande n° RUS31357.EFX du 14 mai 1999.

¹⁰⁹ Sur le même site, voir la demande n° CHN33180.EFX du mois de novembre 1999.

Human Rights Watch, Département d'État des États-Unis¹¹⁰, agences de presse, etc.)¹¹¹.

Ayant à leur disposition un éventail de renseignements utiles à l'examen du bien-fondé d'une demande, les juges de la Cour fédérale n'ont pas hésité à imposer aux commissaires un standard élevé relatif à la motivation des conclusions négatives sur la crédibilité des témoignages. Les commissaires doivent énoncer des motifs en des termes clairs et manifestes¹¹². Afin de se conformer à cette directive, les commissaires font appel, lorsque cela est possible, à ces documents publics afin de contredire un témoignage qu'ils estiment non crédible ou digne de foi¹¹³. À titre de rappel, l'utilisation de ces renseignements pose problème dans la mesure où les commis-

¹¹⁰ Ces rapports sont disponibles sur le site Internet du U.S. Department of State : [http://www.state.gov/g/dr/rls/hrrpt].

¹¹¹ Ces derniers rapports font partie de la collection du centre et sont pour la plupart disponibles sur support papier.

¹¹² *Armson c. Minister of Employment & Immigration of Canada*, (1990) 9 Imm. L.R. (2d) 150 (C.A.F.), le juge Heald mentionne, aux pages 157 et 158 : « [...] la Commission avait [...] l'obligation de justifier en des termes clairs et explicites qu'elle rejetait sa revendication du statut de réfugié pour des motifs de crédibilité ». Le principe a été appliqué dans de nombreuses décisions de la Cour fédérale comme fondement pour accueillir la demande de contrôle judiciaire. Voici quelques exemples : *Abadio c. Minister of Employment & Immigration of Canada*, (1988) 5 Imm. L.R. (2d) 174, 176 (C.A.F.); *Rahman c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, (1990) 8 Imm. L.R. (2d) 170, 171 (C.A.F.); *Hilo c. Minister of Employment & Immigration of Canada*, (1991) 15 Imm. L.R. (2d) 199, 201 (C.A.F.); *Sebaratnam c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, (1991) 13 Imm. L.R. (2d) 264; *Moreno c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1994] 1 C.F. 298, 314-316 (C.A.); *Diaz c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [1999] 2 C.F. 496.

¹¹³ La commission est en droit de s'appuyer sur la preuve documentaire par préférence au témoignage du demandeur : *Zhou c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1994] O.J. (Quicklaw) n° 1087 (C.A.F.), même si ce témoignage est digne de foi : *Dolinovsky c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada* [1999] A.Q. (Quicklaw) n° 1784, par. 4, 7 (C.F.). Ainsi, puisque la CISR est maître de la preuve, c'est donc aux commissaires de décider quel poids ils donnent à la preuve : *Salehi c. Canada*, (2001) 215 F.T.R. 286, 290, par. 31 (C.F.); *Zvonov c. Minister of Employment & Immigration of Canada*, (1994) 28 Imm. L.R. (2d) 23, 27 (C.F.). Certains juges de la Cour fédérale iront même jusqu'à refuser tout contrôle judiciaire sur ces questions : *Zhu c. Minister of Citizenship & Immigration of Canada*, (2001) 16 Imm. L.R. 227, 241, par. 52 (C.F.) : « *Credibility and Weight of evidence are for the tribunal to determine and are not properly the subject of judicial review* ». Mais on trouve aussi des décisions où la Cour fédérale contrôlera quand même la légalité de la décision lorsque le tribunal choisit de croire la preuve documentaire plutôt que la preuve testimoniale

saires de la SPR ont tendance à accorder *de facto* un poids plus grand à ces documents publics qu'au témoignage du demandeur, en fondant leur raisonnement sur le fait que ces documents publics sont plus objectifs. Sur le plan juridique, cette manière de procéder soulève au moins deux difficultés.

D'une part, en réfléchissant de la sorte, les commissaires perdent de vue que la preuve documentaire n'est que du oui-dire et que ce type de preuve devrait normalement faire l'objet d'un examen prudent avant de lui attribuer un poids dans un cas particulier. Puisque l'hypothèse de départ est que les raisonnements des commissaires sont, à cet égard, colonisés par la pensée des juristes de common law, j'examinerai d'abord si cette présomption d'objectivité à l'égard des documents publics trouve un fondement dans les exceptions au oui-dire du régime légal de preuve de tradition de common law (A).

D'autre part, l'usage de ce critère soulève un grave problème d'équité à l'égard des demandeurs, car en opposant l'objectivité du document public à ces derniers et, par conséquent, en y accordant plus de poids qu'à la preuve testimoniale, les commissaires ne font pas une véritable évaluation de la force probante de chacun des éléments fondamentaux de la demande. Lorsque les faits relatés par le demandeur et ceux issus des documents publics ne concordent pas, du moins suffisamment dans l'esprit des commissaires, ces derniers donnent souvent globalement préséance aux documents publics. Une question qui se pose à l'égard de ce raisonnement est la suivante : est-ce que cette façon de traiter les preuves n'aurait pas pour conséquence de diminuer considérablement l'utilité de l'audience? Lorsque les commissaires évaluent ainsi les preuves, ne

du demandeur, mais sans donner de motifs pour justifier son raisonnement : *Okyere-Akosah c. Minister of Employment and Immigration*, précité, note 38, 89. Aucune décision ne semble avoir été annulée par la Cour fédérale pour ce motif. Au contraire, elle semble même appuyer cette pratique : *Jayasundara c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [1998] O.J. (Quicklaw) n° 1876, par. 13 (C.F.A.) (demande de contrôle judiciaire refusée). Dans *Adu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1995] O.J. (Quicklaw) n° 114, par. 1 (C.A.F.), le juge Hugessen a décidé que la « présomption selon laquelle le témoignage sous serment d'un requérant est véridique peut toujours être réfutée et, dans les circonstances appropriées, peut l'être par l'absence de preuves documentaires mentionnant un fait qu'on pourrait normalement s'attendre à y retrouver ». Voir aussi : *Gomez-Carrillo c. Minister of Citizenship and Immigration of Canada*, (1996) 121 F.T.R. 68, 72 (C.F.).

s'agit-il pas d'un retour implicite vers un système dont l'esprit se détourne des enseignements de l'arrêt *Singh*? Il me semble que ce danger est très présent et qu'il serait possible d'y remédier, du moins en partie, si les commissaires faisaient une évaluation ordonnée des preuves (B).

A. La réception du oui-dire en preuve lors de l'enquête

La règle prohibant le oui-dire a vu le jour au XVIII^e siècle dans le régime légal de preuve de tradition de common law. Cette règle édicte que toute déclaration orale ou écrite provenant d'une personne n'ayant pas eu personnellement connaissance des faits dont elle fait état est inadmissible en preuve. Toutefois, seules les déclarations soumises afin de prouver la véracité des faits ou comme preuve des assertions qui y sont implicites sont visées par la règle¹¹⁴. En common law, lorsqu'un conseil veut faire admettre des déclarations pour une autre raison, par exemple afin de prouver que la déclaration a été faite, il ne s'agit pas de oui-dire¹¹⁵. Par conséquent, c'est la justification pour laquelle la déclaration est offerte, et non sa forme, qui détermine s'il s'agit ou non de oui-dire¹¹⁶.

¹¹⁴ R. c. *Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, 661; R. c. *Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, 924; R. c. *O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591.

¹¹⁵ R. c. *O'Brien*, précité, note 114, 593. Dans l'affaire *O'Brien*, la Cour suprême, sous la plume du juge Dickson, a eu l'occasion de commenter cette question. *O'Brien* et *Jensen* était conjointement accusés de trafic de drogues. *Jensen* a quitté le Canada, mais *O'Brien* a été trouvé coupable. *Jensen* retourne au Canada et informe les avocats de *O'Brien* de façon confidentielle que lui seul a commis le crime. *Jensen* accepte de témoigner sous la protection d'une immunité subséquente sous la *Loi de la preuve du Canada*. *Jensen* meurt avant le procès. En appel, la question a été soulevée à savoir si la déclaration de *Jensen* pouvait être admise par le témoignage de l'avocat de *O'Brien*. L'avocat voulait donc témoigner sur cette déclaration afin de faire la preuve de la véracité au soutien des faits. On cherchait, par cette preuve, à prouver que *Jensen* et non *O'Brien* avait commis l'action pour laquelle *O'Brien* avait été accusé ou au moins à soulever un doute raisonnable relativement à la culpabilité de *O'Brien*. Il s'agit ici de la pierre de touche classique du oui-dire inadmissible. La question de savoir s'il s'agit de oui-dire est une question de droit et ne peut pas être déléguée à un jury. R. c. *Babcock*, (1985) 57 A.R. 224 (C.A.), permission d'en appeler à la Cour suprême refusée : [1985] 1 R.C.S. v.

¹¹⁶ R. c. *Baltzer*, (1974) 27 C.C.C. (2d) 118, 143 (C.A.), juge Macdonald :

Essentially it is not the form of the statement that gives it its hearsay or non-hearsay characteristics but the use to which it is put. Whenever a witness testifies that someone said something, immediately one should then ask, "What is

Le rejet de ce moyen de preuve est fondé sur le principe selon lequel sa valeur probante est trop faible par rapport au risque de préjudice qui pourrait être subi en cas de fabrication¹¹⁷. Puisque ces déclarations ne sont pas soumises au contre-interrogatoire, le juriste de common law estime qu'il ne s'agit pas d'une preuve fiable. Elle ne peut donc pas être admise.

La procédure du contre-interrogatoire constitue la charpente du droit de la preuve de tradition de common law. Les règles de preuve sont articulées autour de cette procédure en ce que la possibilité ou l'impossibilité de contre-interroger l'auteur de la déclaration détermine l'admissibilité des témoignages. Encore de nos jours, ce droit de la preuve est organisé selon une hiérarchie échafaudée sur ce point central. En tête de liste viennent les témoignages judiciaires assermentés qui sont admissibles sans condition. Ensuite, il y a les témoignages judiciaires non assermentés qui sont admissibles sous conditions. Au bas de la hiérarchie, on trouve les déclarations extrajudiciaires et non assermentées qui ont été jugées inadmissibles en droit de la preuve canadien jusque dans les années '80, notamment dans les procédures criminelles.

the relevance of the fact that someone said something". If, therefore, the relevance of the statement lies in the fact that it was made, it is the making of the statement that is the evidence – the truth or falsity of the statement is of no consequence: if the relevance of the statement lies in the fact that it contains an assertion which is, itself, a relevant fact, then it is truth or falsity of the statement that is in issue. The former is not hearsay, the latter is.

¹¹⁷ Comme le disait le juge Dickson dans *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 41 : « *The main concern of the hearsay rule is the veracity of the statements made. The principal justification for the exclusion of hearsay evidence is the abhorrence of the common law to proof which is unsworn and has not been subjected to the trial by fire of cross-examination. Testimony under oath, and cross-examination, have been considered to be the best assurances of the truth of the statements of the facts presented* ». Sur cette question, voir : J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 1, § 6.8 Les autres raisons qui ont été invoquées pour affirmer que le oui-dire était une forme pauvre de témoignage sont les suivantes. 1. L'admission de cette preuve tend elle-même vers la perpétration d'une fraude. 2. L'admission du oui-dire résulterait en une décision basée sur une preuve secondaire et, par conséquent, une preuve plus faible, plutôt que sur la meilleure preuve disponible. 3. Il n'est pas possible d'observer l'attitude et le comportement du déclarant. 4. La présentation d'une telle preuve allongerait les procès : *R. c. B. (K.B.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, 763 et suiv.; *Teper v. The Queen*, [1952] A.C. 480, 486 (H.L.).

Avant l'arrêt *Khan* de la Cour suprême¹¹⁸, les juges n'avaient pas la discrétion d'admettre ce type de preuve, à moins que la déclaration ne fût considérée comme faisant partie de l'une des catégories d'exception à la règle prohibant le oui-dire. Lors de l'évolution de ce droit de la preuve, ces exceptions deviendront de plus en plus nombreuses et d'application complexe et c'est ce qui justifiera, du moins dans une certaine mesure, l'adoption du régime de la preuve libre en droit administratif.

Toutefois, ce n'est pas parce que ce régime légal de preuve a été rejeté en droit administratif qu'il faut conclure à l'admissibilité du oui-dire sans qu'un examen préalable de sa fiabilité ne soit fait. D'ailleurs, l'article 170 (h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹¹⁹ est formel à cet égard : seules les preuves « crédibles ou dignes de foi » peuvent être reçues par la SPR. C'est donc en raison de cette prescription législative qu'il est pertinent de recourir à la jurisprudence de common law relative aux exceptions à la règle prohibant le oui-dire. En effet, les critères utilisés par les juges afin de justifier la création d'une exception offrent des pistes pour mieux comprendre les significations du terme *objectivité* auquel les commissaires de la SPR renvoient, bien souvent confusément, lorsqu'ils examinent la preuve documentaire produite par les recherchistes du centre de documentation du tribunal. À cet égard, l'exception relative aux « *public documents* » est tout particulièrement utile¹²⁰. Elle couvre deux grandes catégories d'information.

¹¹⁸ Le oui-dire est maintenant admissible devant les tribunaux judiciaires, mais dans la mesure où la preuve est non seulement fiable, mais nécessaire : *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, 546 et 547; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *Éthier c. Canada (Commissaire de la G.R.C.)*, [1993] 2 C.F. 659, 661 (C.A.).

¹¹⁹ Précitée, note 8.

¹²⁰ Une deuxième exception, celle des « *business records* », est moins pertinente. Elle comprend certains documents publics confectionnés dans le cours ordinaire des affaires, notamment celles d'un gouvernement. Elle vise par exemple les copies de lois, de gazettes officielles, d'ordonnances, de règlements, de proclamations, de journaux, d'ordres, de nominations à des charges publiques et les autres documents publics supposés être publiés sous l'autorité du Parlement du Royaume-Uni ou du gouvernement anglais, ou par ou sous l'autorité du gouvernement ou d'une législature de tout état du dominion de la Reine, tels les jugements étrangers de certaines juridictions. De nos jours, ces documents sont admissibles en vertu de la *Loi sur la preuve du Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5 et mod., art. 19-24, 26-29 et 32.

La première catégorie est formée de faits déclarés par un fonctionnaire qui en a eu personnellement connaissance. Dans ce contexte d'application de cette exception, le critère de l'objectivité du déclarant est utilisé pour signifier la neutralité du fonctionnaire (national, international ou encore, par extension dans le contexte de la détermination du statut de réfugié, l'employé d'une ONG). L'objectivité du déclarant est un facteur central dont le juge doit tenir compte au moment de la détermination de l'admissibilité de ce type de déclaration extrajudiciaire. Par contre, dans le cadre de la détermination du statut de réfugié, ce facteur n'est pas pertinent la plupart du temps et, dans les rares cas où il l'est, il ne devrait pas être jugé déterminant (a).

La deuxième catégorie d'information admissible dans le cadre de l'exception des « *public documents* » est celle où le rédacteur du document public n'a pas eu personnellement connaissance des faits qu'il décrit. Pour cette catégorie, le critère de l'objectivité est aussi utilisé, mais cette fois-ci comme synonyme de fiabilité (b). Dans le cadre de la détermination du statut de réfugié, ce critère est pertinent simplement afin de *recevoir* le oui-dire en preuve, mais non pour lui assigner une force probante prédéterminée. Là aussi, ce critère ne peut pas être utilisé de manière déterminante.

1. L'objectivité synonyme de neutralité

Afin d'être jugés admissibles à titre d'exception à la règle prohibant le oui-dire, les « *public documents* » doivent satisfaire certains critères. Les premiers ont trait à la qualité de l'auteur des déclarations contenues dans le document public et les deuxièmes sont relatifs à la confection du document. Voyons d'abord les premiers.

Les documents publics doivent avoir été préparés par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions¹²¹, le caractère public du document doit être reconnu¹²² et les déclarations doivent avoir

¹²¹ *Thrasyvoulos Ioannou v. Papa Christoforos Demetriou*, [1952] A.C. 84, 95 (P.C.); *R. c. Kaipainen*, [1954] O.R. 43, 53 (C.A.); *R. c. Zundel*, (1987) 31 C.C.C. 97, 166-168 (Ont. C.A.).

¹²² Lorsqu'un document d'un fonctionnaire est nécessairement sujet à l'examen du public, la facilité et la certitude avec laquelle les erreurs peuvent être identifiées et corrigées donnent des garanties additionnelles d'exactitude : *Sturla v. Freccia*, (1880) 5 A.C. 623, 643 et 644 (H.L.); *Mercer v. Denne*, [1904] 2 Ch. D. 534, 541 et 542; conf. [1905] 2 Ch. D. 538 (C.A.).

été faites par des fonctionnaires qui ont eu personnellement connaissance des faits. Ce n'est que lorsque ces conditions sont remplies que le juge peut conclure que les déclarations contenues dans ces documents sont fiables. En effet, il basera son raisonnement sur le fait que les auteurs n'ont pas d'intérêt dans l'affaire et qu'ils n'ont pas, non plus, intérêt à accomplir leurs tâches incorrectement (étant donné qu'il peut en résulter des mesures disciplinaires)¹²³. En somme, la présomption d'objectivité du fonctionnaire, alors utilisée comme synonyme de neutralité, trouve un fondement dans le droit de la preuve de tradition de common law. Cependant, le fonctionnaire doit avoir eu personnellement connaissance des faits qu'il rapporte. C'est sur ce point que l'utilisation par les commissaires du critère de l'objectivité comme synonyme de neutralité des déclarants pose des difficultés. Leurs motifs sont souvent vagues sur la question de savoir s'ils font référence à la neutralité des recherchistes du centre de documentation du tribunal ou de ceux qui travaillent au sein d'autres organismes étatiques ou internationaux ou encore d'ONG.

En ce qui a trait à l'objectivité des recherchistes du centre de documentation du tribunal, l'utilisation de ce critère comme synonyme de neutralité constitue une application erronée du principe de common law. Même s'il est exact de prétendre que les recherchistes du centre n'ont pas d'intérêt à fabriquer de fausses déclarations, cette question n'est pas pertinente puisque, en général, ces fonctionnaires ne font pas des déclarations relatives à des faits dont ils ont eu personnellement connaissance¹²⁴. Ils ne font que rapporter des propos tenus par d'autres ou constater des faits dont d'autres personnes ont personnellement eu connaissance. Le même problème peut se poser dans le cas de l'utilisation de déclai-

¹²³ *Finestone c. R.*, [1953] 2 R.C.S. 107, 109; *Re Puczka, Voitko c. Sabados*, (1973) 38 D.L.R. (3d) 234, 241 (Q.B. Sask).

¹²⁴ Il arrive que les recherchistes du centre se rendent sur le terrain pour faire une enquête sur le respect des droits de la personne. Du 1^{er} au 12 octobre 2001, un groupe chargé d'une mission d'enquête au Sri Lanka a été formé et il était composé de personnes travaillant au service de l'immigration du Danemark et au centre de documentation. À la suite de cette mission, un rapport a été rédigé au mois de mai 2002. Ce rapport est disponible dans la banque de donnée REQUEST de la CISR : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *Sécurité, droits de la personne, formalités d'entrée et de sortie et papiers d'identité. Rapport d'une mission d'enquête au Sri Lanka*, mai 2002 [http://www.cisr.gc.ca/cgi-bin/foliocgi.exe/request_f/query] (site visité le 19 avril 2003).

rations contenues dans les documents recueillis par le centre de documentation et provenant d'autres organismes nationaux et internationaux ainsi que d'ONG. En effet, les chercheurs de ces organismes ne rapportent, bien souvent, que des faits et opinions déclarés par d'autres personnes. Ces chercheurs ne sont donc pas la source primaire de l'information. Ainsi, ces rapports, qu'ils soient produits par le centre ou par d'autres organismes, sont basés sur des sources secondaires. Par conséquent, il n'est tout simplement pas possible de se prononcer sur la neutralité des véritables déclarants.

Il peut arriver, toutefois, que le document public ait été rédigé par le chercheur qui a eu personnellement connaissance des faits qu'il rapporte. Dans ce cas, il est adéquat d'utiliser le critère de l'objectivité comme synonyme de neutralité, mais la SPR doit le faire avec prudence. L'objectivité que l'on impute au déclarant découle généralement de la bonne réputation de l'organisme auquel il est affilié et, à moins que la preuve de cette bonne réputation n'ait été faite devant la SPR (ce qui n'est généralement pas le cas), celle-ci ne constitue également que du *ouï-dire*. En effet, les commissaires ne vérifient généralement pas eux-mêmes si les déclarants sont objectifs, contrairement aux juges des cours de justice¹²⁵. Lorsque les commissaires opposent l'objectivité des déclarations de ces personnes au demandeur dans leurs motifs, ce préjugé a généralement pour corollaire que le témoignage de ce dernier a moins de valeur puisqu'il est une partie intéressée¹²⁶. C'est ce raisonnement qui est particulièrement inéquitable, car le demandeur du statut de réfugié se trouve dans une position très désavantageuse. En effet, même lorsque son témoignage est cohérent et qu'il fait la preuve d'une crainte bien fondée de persécution, le document public agira comme une sorte de *joker* qui ne pourra être combattu que par un autre *joker*, c'est-à-dire un autre document public rapportant des faits et

¹²⁵ En effet, il arrive que les juges s'autorisent à préférer une preuve documentaire et à lui accorder plus de poids, en tenant compte de la réputation du témoin. Il faut toutefois que ce témoin ait personnellement constaté les faits qu'il mentionne dans le rapport qu'il a rédigé. La preuve d'expert est un bon exemple. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que le juge a eu la chance de voir l'expert témoigner en personne, quelquefois à plusieurs reprises. Il a donc eu la possibilité de vérifier par lui-même si la bonne réputation de cette personne est solidement ancrée dans les faits.

¹²⁶ Voir les décisions de la SPR qui sont citées à la note infrapaginale n° 15.

des opinions contradictoires, et rédigé par un autre organisme ayant également une bonne réputation.

Tout compte fait, ce critère d'objectivité comme synonyme de neutralité ne devrait pas être utilisé par la SPR, tant au stade de la détermination de la recevabilité de la preuve documentaire qu'à celui de l'évaluation de sa force probante. En effet, s'il était utilisé pour déterminer la recevabilité du document public, à titre de preuve crédible et digne de foi, cela signifierait, dans la perspective d'une logique formelle, que le témoignage du demandeur ne pourrait pas être admis, car de toute évidence cette qualité lui fait défaut. Il ne peut pas non plus être utilisé afin de reconnaître un poids plus grand au document public qu'au témoignage du demandeur puisque cela aurait pour effet d'imposer un fardeau de preuve plus lourd au demandeur que celui qui est requis par la jurisprudence. De plus, il faut s'interroger si cette façon de la SPR de traiter les preuves n'a pas pour conséquence de réduire l'audition orale du témoignage du demandeur à une formalité nécessaire, en raison de l'arrêt *Singh*, mais plus ou moins utile sur le plan pratique. En effet, si la SPR appliquait systématiquement ce critère d'objectivité comme synonyme de neutralité, et que la Cour fédérale appuyait sans réserve cette pratique, la détermination du statut sur dossier, comme au temps de la première procédure de détermination du statut de réfugié de 1978, serait vraisemblablement suffisante.

Dans le contexte où un chercheur rend compte de faits et d'opinions dont il n'a pas eu personnellement connaissance ou lorsque la réputation du déclarant-rédacteur du rapport ne peut pas être vérifiée par la SPR, l'utilisation du critère de l'objectivité comme synonyme de neutralité devrait être délaissée par la SPR et être remplacée par le concept de fiabilité. C'est dans ce contexte que doit être comprise la deuxième condition relative à l'admissibilité du document public à titre d'exception à la règle prohibant le ouï-dire en common law et portant, cette fois, sur la confection du document.

Cette condition comporte quatre exigences, dont certaines étaient jadis pertinentes : le sujet de la matière de la déclaration devait être de nature publique, la déclaration devait avoir été préparée en vue d'être gardée dans un document public et pour des fins publiques ainsi qu'être disponible pour inspection par le public en tout temps. C'est ainsi, par exemple, que les juges admettaient sans difficulté des documents tels que des lettres patentes ou des

registres. Dans *R. c. P. (A.)*, le juge Laskin a douté qu'il soit encore bien nécessaire de remplir les deux dernières exigences au Canada¹²⁷, d'autant plus que la *Loi sur la preuve au Canada* règle cette question. Ces vérifications ne sont plus nécessaires puisque de nombreux documents publics sont *de facto* admissibles; il revient au juge d'en déterminer le poids¹²⁸. Toutefois, la *Loi sur la preuve au Canada* ne couvre pas l'admissibilité de documents publics, tels ceux produits par les chercheurs du centre de documentation ou d'autres organismes. Mais en common law, des rapports similaires à ceux de ces organismes étaient admissibles à partir des années '50. En effet, les rapports confectionnés par les fonctionnaires et comprenant un état de la situation et des analyses étaient visés par l'exception des *documents publics*, du moins au Canada. Toutefois, les cours ont non seulement exigé que l'accessibilité au public de ces rapports soit démontrée, mais également que toutes les composantes ayant servi à leur confection soient publiques¹²⁹. Ces exigences servent en somme à vérifier la fiabilité du contenu du document. Peut-on se fier à ce qui est écrit?

2. L'objectivité synonyme de fiabilité

Même si les tribunaux administratifs ne sont pas liés par les règles du régime légal de preuve utilisées devant les cours de justice,

¹²⁷ (1996) 109 C.C.C. (3d) 385, 390 (Ont. C.A.)

¹²⁸ *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, note 120, art. 19 et suiv.

¹²⁹ Dans *R. c. Northern Electric Co.*, [1955] O. R. 431, 468 (H.C.J.) la Couronne voulait prouver qu'il y avait eu des pratiques commerciales frauduleuses et voulait faire admettre des statistiques du Dominion Bureau of Statistics pour faire sa preuve. Le juge McRuer vint à la conclusion que le rapport était inadmissible à titre de document public. En effet, la *Loi sur les statistiques*, L.R.C. (1985), c. S-19, exigeait que les données provenant des compagnies individuelles ne soient pas divulguées et, par conséquent, le public ne pouvait savoir quelles étaient les composantes qui avaient servi à la confection des statistiques. Puisque la simple accessibilité du public à ce rapport ne donnait pas au public les moyens de vérifier l'exactitude des statistiques, la condition du test de la publicité, qui est au centre du concept de fiabilité, n'était pas satisfaite.

[The reports of the Dominion Bureau of Statistics] stand on a very different footing from a record of the registration of events or facts, whether they be births, marriages, deaths, or climatic conditions. They are a summation of the results of inquiries made pursuant to public duty. Although they are made for the use of the public they can gain little or no authority by reason of the public or any member for the public being in a position to challenge or dispute them, because the constituent material that goes to make up the reports is secret.

les juges, lors d'un contrôle judiciaire, adoptent une attitude circonspecte devant une preuve par ouï-dire, car ce n'est pas une preuve assermentée. Afin de minimiser les risques de fabrication de ces preuves, les juges de common law ont énoncé le principe selon lequel les décideurs administratifs ne peuvent recevoir de ouï-dire que s'il est fiable. À titre de rappel, ce critère a été codifié dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹³⁰ puisque la SPR ne peut recevoir en preuve que des éléments crédibles ou dignes de foi. La jurisprudence de droit administratif précise toutefois que le caractère fiable du ouï-dire s'infère d'une double vérification. D'une part, la preuve par ouï-dire doit, en elle-même, offrir des garanties raisonnables de fiabilité. D'autre part, le ouï-dire ne peut établir un fait à l'encontre d'une preuve testimoniale que si le demandeur a eu la possibilité de le contredire ou de le corriger¹³¹.

a. Les garanties raisonnables de fiabilité

La fiabilité du document public peut être inférée lorsque deux conditions sont remplies : la compétence des employés de l'organisme en tant que chercheurs est établie et ils utilisent des méthodes de recherches éprouvées. Sur le premier point, les chercheurs engagés pour les fins de produire des rapports faisant état d'une situation dans un pays doivent posséder des compétences de base pour effectuer la cueillette et l'analyse de données. À cet égard, lorsque les chercheurs ont reçu un diplôme universitaire de premier cycle, de préférence dans un domaine lié aux sciences humaines et sociales, tels les sciences politiques, le journalisme, les relations internationales, l'économie, la géographie ou l'histoire, il sera possible de déduire qu'ils possèdent des compétences pour effectuer ces recherches. De même, les chercheurs pouvant justifier, au moment de l'embauche, d'une expérience pertinente combinée avec un diplôme de niveau collégial dans des secteurs tels que les services relatifs au développement communautaire, aux rela-

¹³⁰ Précitée, note 8.

¹³¹ Sur ces deux conditions, voir : *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner, ex parte Moore*, précité, note 4, 477-478; *Kavanagh v. Chief Constable of Devon and Cornwall*, [1974] 1 Q.B. 624, 633 (C.A.) (Lord Denning); *Dunluce Steak House & Pizza Ltd. c. Alberta (Liquor Control Board)*, (1992) 7 Admin. L.R. (2d) 31, 33 (Alta. Q.B.); *Canada c. Mills*, précité, note 4; *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario*, (1992) 94 D.L.R. (4^e éd.) 193, 204, 207 (Ont. C.A.); Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 4, p. 303; D.J. MULLAN, *op. cit.*, note 53, § 163.

tions interculturelles, au travail social, sont de bons indicateurs que ces personnes possèdent des connaissances suffisantes pour faire leur travail correctement. Par ailleurs, l'existence de programmes de formation dispensés par l'organisme à ses recherchistes est aussi une bonne indication de l'importance accordée par l'organisme à la qualification de ses recherchistes. De même, lorsque l'embauche se fait à la suite d'un concours durant lequel les candidatures sont examinées à partir de critères préétablis dans un énoncé de qualité, tels ceux utilisés par les fonctions publiques occidentales, il y a là une indication que l'engagement du personnel se fait au mérite et non pour d'autres raisons, telles celles qui pourraient laisser entrevoir des conflits d'intérêts d'ordre pécuniaires, personnels ou politiques entachant le sérieux de l'entreprise.

L'aptitude des recherchistes du centre de documentation du tribunal a déjà été examinée et les conclusions sont favorables à la reconnaissance de leur compétence générale en matière de recherche¹³². En ce qui a trait à la compétence des recherchistes d'autres organismes, elle devrait faire l'objet d'une analyse surtout dans les cas de celles qui ne sont pas ou peu connues. Dans le processus de détermination du statut de réfugié, il ne s'agit pas d'exiger des commissaires de la SPR qu'ils fassent cette vérification, surtout dans le cours d'une procédure particulière. Toutefois, les recherchistes du centre de documentation peuvent se livrer à cet examen et, de fait, il arrive quelquefois que l'on retrouve dans les documents qu'ils produisent des commentaires sur la fiabilité des sources qu'ils utilisent (surtout lorsqu'il pourrait y avoir un doute à cet égard)¹³³. Il s'agit là d'une bonne pratique puisque les commissaires possèdent

¹³² F. HOULE, *loc. cit.*, note 14, 13 et 14.

¹³³ Voir, par exemple, le rapport de la mission d'enquête au Sri Lanka : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, *op. cit.*, note 124. Dans ce rapport, l'appendice II est dédié aux notes des recherchistes sur deux sources d'information, dont les médias bangladais (l'autre est un groupe de femmes nommées le *Women Living Under Muslim Laws*). Sur les médias, les recherchistes font les commentaires suivants :

Bangladeshi newspapers have flourished since restrictions on the media were lifted following General Ershad's ouster in 1990 (IPS 1 Apr. 1993). The number of newspapers and magazines has risen from about 100 in 1990 to over 1,000 in 1994, including 189 dailies (id.: Europa 1995, 497). According to an IPS report, the Bangladeshi press "is free but not fair. [...] every newspaper is for or against on or other political party, and actively involved in jockeying for power" (IPR 1 Apr. 1993). State advertising is a major source of revenue for Bangladeshi newspapers and periodicals (Country Reports 1995, 1996, 1297; IPS 1 Apr.

alors certaines assurances quant à la fiabilité des sources sur lesquelles reposent leurs décisions, notamment lorsqu'elles sont défavorables. Cette information permet, de plus, de mieux justifier leurs motifs et de les rendre plus acceptables pour les demandeurs du statut de réfugié. L'obligation de fournir des justifications acceptables est une question qui relève non seulement de la légalité, mais aussi de la légitimité d'un processus décisionnel.

Lorsque le commissaire est satisfait que le document public provient d'un organisme qui emploie un personnel compétent, il peut passer à la seconde étape relative à l'analyse de sa fiabilité : est-ce que les méthodes de recherches utilisées par les auteurs du document sont valides? Mais avant de répondre à cette question, il est utile de préciser que les indicateurs de validité ne sont pas ceux émanant des méthodes scientifiques, mais journalistiques¹³⁴. Pour être valide sur le plan journalistique, l'information doit être cueillie et traitée par une personne indépendante de toute influence gouvernementale ou politique et ses sources doivent être publiques et accessibles, et ceci afin qu'il soit possible d'en faire une contre-vérification. Par ailleurs, l'information doit offrir certaines garanties d'exactitude. Elle doit non seulement être à jour – cette vérification devrait être faite chaque fois qu'un renseignement est utilisé par les commissaires de la SPR¹³⁵ –, mais chaque renseignement doit avoir

1993). While one source states that the government has 'no control' over the content of publications (*id.*), another indicates the government has withheld advertising and newsprint form publications it deems anti-government, causing some publications to exercise self-censorship (Country Reports 1995, 1996, 1297). [...] Radio and television are owned and controlled by the government and reportage is generally biased in its favor (Country Reports 1995, 1996, 1298).

Bien qu'il soit important de faire cette évaluation, il faut noter que toutes les sources servant à évaluer la fiabilité des sources utilisées afin de produire le rapport datent toutes de plus de six ans.

¹³⁴ Généralement, les chercheurs font des recherches valides sur le plan journalistique, mais non sur le plan scientifique. Ce standard de validité est adéquat et il ne s'agit pas dans cette étude de remettre en cause sa suffisance. Sur cette question, voir : F. HOULE, *loc. cit.*, note 14, 21-25.

¹³⁵ Dans l'affaire *Re L.Q.J.*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 151, par 12 (C.I.S.R.), le tribunal a douté de la crédibilité du témoignage d'un citoyen du Liban-Sud, notamment parce que sa description du poste de contrôle ne concordait pas avec celle donnée dans la preuve documentaire, documents produits entre 1993-1995, alors que les événements ayant mené à la revendication du demandeur dataient de 1999-2000.

fait l'objet d'une vérification externe. Normalement, c'est par la corroboration du renseignement par d'autres sources que la rectitude d'un fait peut être établie selon la méthode journalistique. Le nombre de corroboration nécessaire afin d'établir l'existence d'un fait de manière crédible peut varier selon la source du renseignement¹³⁶. Dans le doute, c'est la règle de trois corroborations qui est généralement suivie lorsque cela est possible. Dans le cas contraire, l'auteur du document doit utiliser son jugement afin de déterminer s'il rapportera le fait dans son rapport et, le cas échéant, le chercheur devrait le signaler¹³⁷. Finalement, le caractère exhaustif ou complet de l'information contenue dans un document n'est pas un critère dont les commissaires devraient tenir compte¹³⁸. Et inversement, ce n'est pas parce que le document est incomplet que les informations qui s'y trouvent ne sont pas fiables. De même, ce n'est pas parce qu'un fait n'est pas rapporté dans un document que cela

¹³⁶ Par exemple, les réponses courtes aux demandes d'information sont souvent basées sur des sources dont la crédibilité est généralement acceptée, telles les grandes agences de presse occidentales (AFP, WNC), les grands organismes qui jouent le rôle de chien de garde (Human Rights Watch, Amnistie internationale) ou encore les *Country Reports* du Département d'État des États-Unis, précités, note 110. Sur ces *Country Reports*, il est intéressant de noter qu'ils ne contiennent pas les sources des renseignements qui sont utilisés pour faire les affirmations que l'on retrouve dans ces rapports. Par ailleurs, dans les rapports contenant des réponses approfondies aux questions des commissaires, les chercheurs citent aussi fréquemment des sources dont la crédibilité ne s'impose pas d'évidence : Latinamerica Press, Belize First Magazine, North Africa Journal. Ou encore, ils citent des sources qui rapportent des faits écrits dans une langue autre que le français ou l'anglais, tel l'espagnol (Correo Del Sur, La Prensa, La Razon), l'arabe (Al-Sharq al-Awsat), le russe (Moskovsky Komsomolets), etc.

¹³⁷ Il arrive que cette mention soit faite dans certains documents. Voir, par exemple, la réponse à une demande d'information sur le Bahamas, n° BHS38015.E, du 14 novembre 2001, disponible sur le site Internet de la CIRS, précité, note 104.

¹³⁸ Pour ce qui est de la complétude des renseignements, étant donné la vaste étendue des mandats du centre et des organismes produisant des rapports sur les conditions régnant dans les pays d'origine des réfugiés, il est difficile sinon impossible d'atteindre cet objectif. Par ailleurs, il est également utile de préciser que les mandats spécifiques de recherches donnés par les commissaires aux chercheurs du centre sont souvent mal définis et que le temps octroyé pour y répondre est limité.

signifie que cet événement ne s'est pas produit¹³⁹. Par conséquent, la fiabilité ne signifie pas la complétude du document.

Dans les motifs des commissaires de la SPR, on trouve rarement des traces de ces deux étapes portant sur la vérification de la fiabilité du document. Généralement, les commissaires font tout simplement état du fait ou de l'opinion rapportée dans le document et ils citent la source de l'information en note de bas de page de leurs décisions, sans plus de commentaire. Sur ce dernier point, il est également utile de souligner que, bien souvent, la source est citée de façon si générale qu'il est impossible de connaître précisément la provenance du renseignement¹⁴⁰. En procédant de cette manière, les commissaires laissent penser qu'ils prennent pour

¹³⁹ Dans *Adu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, précité, note 113, par. 1, le juge Hugessen affirma, erronément à mon avis, que « “[l]a présomption” selon laquelle le témoignage sous serment d'un requérant est véridique peut toujours être réfutée et, dans les circonstances appropriées, peut l'être par l'absence de preuves documentaires mentionnant un fait qu'on pourrait normalement s'attendre à y retrouver ». Dans le guide de la CISR, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, SECTION DE LA PROTECTION DES RÉFUGIÉS, *op. cit.*, note 58 (par. 2.4.4. – Silence de la preuve documentaire), les conseillers juridiques précisent toutefois :

Par conséquent, le fait que la preuve documentaire ne confirme pas le témoignage du demandeur ou ne fait pas mention d'un événement rapporté par ce dernier peut constituer un motif de rejeter ce témoignage. Il faut toutefois faire preuve de circonspection en particulier lorsque la preuve documentaire dont le tribunal a été saisi est muette sur une question particulière ou loin d'être exhaustive. En outre, un document qui contient des renseignements généraux n'est pas toujours suffisant pour réfuter un témoignage relatif à un événement précis et particulier.

¹⁴⁰ Ce constat est facile à faire. Il s'agit simplement d'aller visiter la banque de données de Quicklaw des décisions de la CISR pour constater la régularité de cette pratique. Voici quelques exemples de décisions récentes : *Re O.Y.X.*, [2002] Alta. J. (Quicklaw) n° 68, par. 18 (C.I.S.R.) : « Bien que la preuve documentaire indique que des activistes d'expérience plus en évidence au sein du RPG avaient été ciblés, le profil du revendicateur ne concorde pas avec celui des personnes actuellement à risque en Guinée ». Nulle part, dans la décision on ne mentionne quelle est la preuve documentaire en question; *Re X.K.I.*, [2002] Alta. J. (Quicklaw) n° 62, par. 7 (C.I.S.R.) : « D'après une réponse à une demande d'information, l'installation dans une autre région de l'Inde constituerait une option très viable pour la plupart des sikhs panjabi (Voir note 3 ci-dessous) ». À la note 3, on peut lire : Pièce R-1, point 14, réponse à la demande d'information IND30757.E., « *India: Freedom of movement, in particular, the ability to relocate from Punjab to other parts of India* », 12 janvier 1999. D'une part, on ne sait pas qui est le déclarant du renseignement et on ne sait pas si le constat relevé en est un qui s'étend sur plusieurs années ou est valable seulement pour la période visée par la

acquis que ces documents sont fiables. Ils s'interrogent peu sur des questions telles que : qui est le déclarant? A-t-il eu une connaissance directe ou indirecte des événements? Est-ce que les faits rapportés devraient faire l'objet d'une confirmation par d'autres sources?

Encore ici, il ne s'agit pas de demander aux commissaires d'effectuer cette vérification de façon systématique. Les contraintes de temps qui leur sont imposées ne militent pas en faveur de ce surcroît de travail. Les chercheurs du centre sont en meilleure position pour vérifier la validité de la recherche. Quant aux autres documents, ceux qui ne sont pas produits par le centre mais simplement collectés par lui, l'agent de protection des réfugiés peut faire ce travail. Ces contrôles préliminaires sont importants afin de déterminer si un décideur peut recevoir le oui-dire en preuve en raison de son caractère crédible ou digne de foi tel que prescrit par l'article 170 (h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁴¹. Une fois cette étape franchie, la jurisprudence enseigne que l'exactitude du renseignement doit également faire l'objet d'une contre-vérification par la partie contre laquelle il est utilisé.

demande. Un exemple d'une bonne pratique : *Re W.T.K.*, [2002] A.Q. (Quicklaw) n° 82, par. 8 (C.I.S.R.) :

Le tribunal a parcouru le rapport du 17 mars 1993 de Tregve Tvetter, un juriste-conseil norvégien de l'ambassade de Norvège à Colombo en poste au bureau local du Haut Commissariat pour les réfugiés des Nations Unies (HCR). Tregve Tvetter écrit (pièce A-6) que 250 000 Tamouls vivent à Colombo, dont un grand nombre de nouveaux arrivants (p. 5). Les membres des familles tamoules qui vivent à Colombo depuis longtemps et les nouveaux arrivants [traduction] « se sentent en sécurité dans la vie de tous les jours. Ceux qui ont des motifs de ne pas se sentir en sécurité, ce sont les jeunes gens qui vivent à Colombo depuis peu, les hommes qui n'ont ni famille ni amis et qui vivent dans un gîte ou un foyer. Mais même ces jeunes gens semblent estimer que leurs problèmes sont mineurs : s'ils ont été placés en garde à vue à quelques reprises, ils ont été relâchés au bout de quelques heures, sinon au bout d'un jour ou deux, après que leur identité eut été confirmée » (p. 22). De l'avis du tribunal, cette preuve documentaire, obtenue d'une source neutre et fiable, contredit les allégations du demandeur selon lesquelles il aurait été harcelé, maltraité et détenu par la police durant cinq jours entre 1990 et 1993. Le tribunal en conclut que les allégations du demandeur ne sont pas crédibles.

¹⁴¹ Dans la décision *Re E.F.B.*, [2000] O.J. (Quicklaw) n° 445, par. 32 (C.I.S.R.), on fait justement référence à ce problème selon lequel les sources d'information sont « vagues ou inconnues et qui offrent peu ou point d'indications quant à la façon dont l'information a été vérifiée, dans la mesure où elle est effectivement vérifiée [...] ».

b. La possibilité de réfuter la preuve documentaire

À titre de rappel, la common law relative à l'utilisation du oui-dire par les tribunaux administratifs pose le principe général suivant : lorsque des faits reçus en preuve par oui-dire contredisent le témoignage d'un intéressé, le décideur administratif doit lui donner une chance raisonnable d'en réfuter l'exactitude. Lorsque cette règle n'est pas suivie, le principe d'équité exige du décideur qu'il n'utilise pas le fait ainsi reçu pour tirer des conclusions négatives sur la crédibilité d'un témoignage. Sur le plan de l'équité procédurale, cette règle est importante pour deux raisons. D'une part, la possibilité de présenter des observations sur le renseignement obtenu par oui-dire est une manière de tester sa fiabilité. En quelque sorte, cette procédure est une version édulcorée du contre-interrogatoire, mais il s'agit néanmoins de la seule procédure qui peut être utilisée pour tester l'exactitude de l'information puisque le déclarant n'est pas présent lors de l'audience. Ce principe de common law sert donc à rétablir, dans une certaine mesure, l'équilibre des pouvoirs entre les parties – dans le cadre d'une procédure accusatoire – et entre le demandeur et le décideur – dans le cadre d'une procédure inquisitoire. D'autre part, ce principe de common law sert aussi à prévenir la tentation d'un décideur de s'engager dans des recherches hors instance sans en divulguer la teneur aux demandeurs¹⁴².

¹⁴² Si, à la suite de sa recherche, le tribunal a trouvé des faits contraires à ceux allégués par le demandeur, il doit, en vertu des règles de l'équité, divulguer cette information et permettre à l'administré de contredire cette preuve ou de présenter des observations à son égard. Toutefois, cette règle n'est pas toujours respectée comme en témoigne un rapport produit par un enquêteur indépendant au début des années '90. En effet, une sous-unité d'agents de protection des réfugiés s'était mise à faire la collecte de renseignements sur les demandeurs. Ces renseignements étaient communiqués aux commissaires à l'insu des intéressés, ce qui posait de graves problèmes relatifs au respect du principe *audi alteram partem*. À la suite de ces événements, le président a mandaté le professeur James Hathaway pour revoir ces pratiques informelles d'enquête et émettre un avis et des recommandations à leur sujet : James C. HATHAWAY, *Vers le rétablissement de la confiance : rapport de l'Examen de la justice fondamentale dans l'obtention et la dissémination de l'information à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié*, Toronto, Université York, 1993. À la suite de ce rapport, le tribunal a émis des instructions aux commissaires : *Instructions concernant l'obtention et la divulgation de renseignements lors de procédures devant la Section du statut de réfugié*, qu'il est possible de consulter dans l'annexe 1D – Obtention et divulgation de renseignements (Instructions de la SSR : 96-01) du Guide de la SSR : COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, SECTION DE LA PROTECTION DES RÉFUGIÉS, *op. cit.*, note 58.

Malgré le fait que cette jurisprudence soit bien établie, rares sont les motifs où les commissaires de la SPR font état du respect de cette consigne. D'un point de vue juridique, ce phénomène peut se comprendre dans la mesure où les directives de la Cour fédérale et des services juridiques du tribunal manquent de clarté sur cette question. Du côté de la Cour fédérale, c'est l'ambiguïté des jugements qui crée une confusion. Dans certains cas, la Cour prend position en faveur d'une plus grande efficacité d'un processus décisionnel¹⁴³; dans d'autres cas, elle favorise plutôt le respect du principe d'équité à l'égard du demandeur¹⁴⁴. Du côté des services juridiques du tribunal, c'est le silence qui ajoute à l'embrouillement. Dans le guide produit par les conseillers juridiques¹⁴⁵, il est simplement fait état de la jurisprudence incohérente, voire contradictoire, de la Cour fédérale. Les conseillers juridiques ne prennent pas position sur ce qui constitue une bonne pratique d'examen des preuves dans le cadre de l'audience¹⁴⁶. Pourtant, il est clair que le législateur a voulu créer un régime respectueux des principes de la

¹⁴³ Par exemple, dans la décision *Osei Osei, Gyane Nana c. Canada (MEI)*, C.F. n° T-2992-92, 17 novembre 1993, j. Reed, p. 2, la Cour fédérale a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'informer le requérant sur les contradictions entre son témoignage et la preuve documentaire et de lui donner la possibilité d'y répondre. Cette même Cour est arrivée à une conclusion semblable dans une autre affaire où elle a fait valoir l'argument selon lequel le demandeur était représenté par un conseil : *Ganagaratnam c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [2000] O.J. (Quicklaw) n° 1014, par. 6 (C.F.).

¹⁴⁴ Dans l'affaire *Prapaharan c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 481, par. 10 (C.F.), la Cour a annulé la décision du tribunal parce que les commissaires n'avaient pas posé de questions au demandeur au sujet de la preuve documentaire.

¹⁴⁵ Voir le document *Évaluation de la crédibilité lors de l'examen des demandes d'asile*, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, SECTION DE LA PROTECTION DES RÉFUGIÉS, *op. cit.*, note 59.

¹⁴⁶ *Id.*, p. 72-74. Bien sûr, on pourrait argumenter que cela n'est pas le rôle des conseillers juridiques en faisant valoir qu'il s'agit d'une opinion qui pourrait indûment influencer la « liberté des décideurs de trancher selon leur conscience et leur opinions » : *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. c. SITBA*, [1990] 1 R.C.S. 282, 332 et 333 (j. Gonthier); *Commission des affaires sociales c. Tremblay*, [1992] 1 R.C.S. 952, 960 (j. Gonthier). Cependant, dans les cas où la preuve documentaire supplémentaire est reçue après l'audience, les conseillers juridiques n'hésitent pas à écrire que la CISR « devrait généralement donner au demandeur la possibilité de faire des observations à l'égard de ses preuves ». L'expression de cette opinion laisse sous-entendre qu'il ne serait pas nécessaire de suivre cette pratique lorsque la preuve documentaire est simplement déposée au début de l'audience à titre de preuve principale.

justice naturelle dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Par conséquent, les commissaires doivent agir de façon impartiale à l'endroit du demandeur et lui donner une chance équitable d'être entendu et de faire valoir ses moyens¹⁴⁷.

Toutefois, même en étant sensible aux arguments d'efficacité, il ne faut pas perdre de vue les exigences du *fair play*. À cet égard, l'article 160 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* précise que les commissaires doivent exercer leurs compétences sans formalisme et avec célérité, mais seulement *dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent*¹⁴⁸. Sur cette question précise d'équilibrage des forces en présence, il est important de ne pas perdre de vue, d'une part, le contexte linguistique dans lequel ces renseignements sont utilisés. Bien que ces documents soient disponibles en français et en anglais, les demandeurs ne sont pas toujours capables de les lire faute de connaissances suffisantes de l'une ou l'autre des langues officielles. Même lorsqu'ils en sont capables, cela ne signifie pas qu'ils sont en mesure d'identifier ce qui devrait être contesté lors de l'audience, faute de connaissance du processus de détermination du statut de réfugié. D'autre part, il ne faut également pas perdre de vue le temps souvent limité que leurs conseillers (juridiques ou autres, lorsqu'ils en ont un) peuvent consacrer à chaque dossier. En raison des contraintes auxquelles ces conseillers font face, ils peuvent omettre, par négligence ou autrement, de faire un tel travail de comparaison entre les déclarations du demandeur et celles contenues dans ces documents publics¹⁴⁹.

En résumé, dans le cadre du processus de détermination du statut de réfugié, les commissaires ne peuvent recevoir que la preuve

¹⁴⁷ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 8, art. 170 e).

¹⁴⁸ *Id.*, art. 162 (2) : « Chacune des sections fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ».

¹⁴⁹ Sur cette question des conseillers agissant pour les demandeurs du statut de réfugiés, certains d'entre eux, communément regroupés sous l'appellation « consultants en immigration », font l'objet de nombreuses plaintes en raison de leurs pratiques. D'ailleurs, le ministre Coderre a créé un Comité consultatif sur les consultants en immigration, le 3 octobre 2002. On peut lire le communiqué de presse du ministre sur le site Internet du Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, à l'adresse suivante : [<http://www.cic.gc.ca/francais/nouvelles/02/0232-f.html>].

crédible et digne de foi. À cet égard, deux cas peuvent se présenter : 1. la preuve ne possède pas ces attributs et, par conséquent, elle ne fait pas la preuve du fait allégué; 2. la preuve est crédible et digne de foi et, par conséquent, elle fait la preuve du fait allégué. Une fois cette première étape franchie, le raisonnement n'est cependant pas rendu à son terme. En effet, l'article 170 (h) édicte que la SPR « peut recevoir les éléments [de preuve] qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et *fonder sur eux sa décision* »¹⁵⁰. Bien que la première partie de la règle oblige le décideur à prendre en considération, sans pouvoir l'écartier *a priori*, la preuve crédible et digne de foi, il n'est pas certain, comme le souligne Cornu, qu'à ce stade du processus « celle-ci soit reconnue apte, après examen, à justifier l'allégation [...] »¹⁵¹. Par conséquent, le commissaire doit, lorsque l'audience est terminée, faire l'examen des faits et opinions reçus en preuve. Ce processus ne signifie pas que les commissaires doivent classer les preuves selon une hiérarchie allant des preuves les plus crédibles et dignes de foi, à celles qui le sont moins. En effet, une fois que les faits et les opinions ont été reçus en preuve, c'est qu'ils ont déjà été jugés crédibles et dignes de foi. Lors du délibéré, il ne s'agit pas de revenir sur cette question, mais d'examiner la pertinence et la force probante des preuves les unes par rapport aux autres.

B. Les étapes du processus d'examen des preuves lors du délibéré

Une fois la cueillette des preuves terminée, les commissaires peuvent se retirer pour délibérer. À ce stade, les commissaires doivent faire l'examen de toutes les preuves afin de déterminer celles qui rendent les allégations relatives à une crainte bien fondée de persécution plus probable qu'improbable. Afin d'y parvenir, les commissaires doivent d'abord examiner la pertinence des preuves (1) et ensuite procéder à l'évaluation de la force probante des preuves retenues en raison de leur pertinence (2). Ce n'est qu'après avoir franchi ces deux étapes du raisonnement lors du délibéré que les commissaires peuvent finalement tirer la conclusion de savoir si le statut de réfugié peut ou non être accordé au demandeur. De manière générale, cette méthode d'examen des preuves lors du délibéré ne

¹⁵⁰ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 8. Nos italiques.

¹⁵¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, P.U.F., 1998, p. 29.

semble pas être suivie par les commissaires de la SPR si on se fie aux motifs de leurs décisions. En effet, ils reflètent très rarement l'utilisation d'une méthode systématique d'examen des preuves.

1. La pertinence des preuves

Bien que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne fasse pas mention du critère de la pertinence et qu'il aurait été utile d'édicter une prescription claire à cet effet¹⁵², il s'agit néanmoins d'une obligation implicite à toute instance juridictionnelle¹⁵³. Afin qu'une preuve soit jugée pertinente, deux conditions doivent être remplies. Il faut d'abord qu'elle soit reliée directement ou indirectement à un fait faisant l'objet d'un débat et que cette preuve permette de faire progresser l'enquête¹⁵⁴. Ensuite, cet élément de preuve doit être de nature à établir ou à rendre probable l'existence ou l'inexistence passée, présente ou future du fait litigieux¹⁵⁵. Pour évaluer la pertinence d'une preuve, le tribunal administratif prend en considération les questions de droit qui relèvent de sa compétence spécialisée qui lui a été attribuée par la loi, car ce sont d'abord les textes juridiques qui déterminent ce qu'il faut prouver.

Devant la SPR, l'analyse de la pertinence des preuves documentaires n'est pas fréquente. Ce phénomène est à la fois relativement normal – lorsqu'on tient compte du fonctionnement d'un régime de

¹⁵² Par exemple, les dispositions législatives applicables dans le cadre d'un processus décisionnel devant le Tribunal administratif du Québec prévoient expressément ce critère. Voir : *Loi sur la justice administrative*, précitée, note 13, art. 137 et 139.

137. *Toute partie peut présenter tout moyen pertinent de droit ou de fait pour la détermination de ses droits et obligations.*

139. *Le Tribunal peut refuser toute preuve qui n'est pas pertinente ou qui n'est pas de nature à servir les intérêts de la justice..*

¹⁵³ *Hollington c. Hewthorn and Co. and Ministry of Housing*, précité, note 5, 594; *Re Bortolotti and Ministry of Housing*, (1977) 15 O.R. (2d) 617, 628 (C.A.). Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 4, p. 295.

¹⁵⁴ *R. c. Cloutier*, [1979] R.C.S. 709, 731 : « [...] *there must be a connection or nexus between the two which makes it possible to infer the existence of one from the existence of the other. One fact is not relevant to another if it does not have real probative value with respect to the latter* ».

¹⁵⁵ *Clark v. Stevenson*, (1865) 24 U.C.Q.B. 200 (C.A.); *R. c. Perry*, [1945] 4 D.L.R. 762, 765 (C.A. I.-P.-E.). Sur cette question, voir : J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 1, § 2.38.

preuve libre – et étonnant. Il est normal dans la mesure où les objections à la recevabilité des preuves, fondées sur leur manque de pertinence, sont rarement accueillies dans le cours d'une audience devant les tribunaux administratifs¹⁵⁶. Cette situation résulte en partie du constat selon lequel le décideur possède une connaissance insuffisante des faits au moment de l'audience. Il n'est donc pas en mesure de prendre une telle décision interlocutoire durant l'instance, sans craindre de porter atteinte à la validité du processus décisionnel¹⁵⁷. En effet, puisque le tribunal ne connaît pas tous les renseignements sur l'affaire avant l'audience, il serait imprudent de ne pas recevoir une preuve dans ces circonstances.

Toutefois, ce n'est pas parce que le tribunal reçoit une preuve que cela signifie qu'elle est pertinente. Au moment du délibéré et de la rédaction des motifs, alors que le décideur comprend mieux la situation spécifique du demandeur, la pertinence des renseignements qui ont été reçus en preuve lors de l'audience ne s'imposera peut-être plus d'évidence au stade du délibéré. Tout comme les faits soumis en preuve par le demandeur lors de son témoignage, la pertinence des renseignements contenus dans les documents publics

¹⁵⁶ Il arrive aussi que les décideurs accueillent l'objection sous réserve durant l'audience et attendent le délibéré pour faire une détermination finale sur celle-ci. Par ailleurs, les documents publics sont, à première vue, pertinents à la demande du statut de réfugié puisqu'on y trouve des renseignements généraux et précis expliquant le contexte relatif à la demande. Il n'y aurait donc pas lieu de s'objecter à ce qu'ils soient déposés en preuve durant l'audience, d'autant plus que cette information est grandement utile puisqu'elle peut servir à accélérer le déroulement des débats. Elle peut donc servir à éviter que de longs détours ne soient franchis en début d'audience afin justement d'expliquer le climat général dans le pays de provenance du demandeur du statut de réfugié. De plus, on pourrait même affirmer qu'elle est nécessaire dans le cadre d'un processus de nature inquisitoire. La demande du statut de réfugié en est un exemple. Les événements menant une personne à demander la protection d'un autre État que celui de sa résidence se produisent à l'extérieur du Canada. Si le décideur a des doutes sur la véracité du récit du demandeur, il lui est généralement impossible de faire venir des témoins capables de corroborer ou de contredire les faits mis en preuve par le demandeur et relatifs à sa crainte de persécution. La preuve corroborante ou contradictoire est donc difficile à faire par des moyens directs (outre le témoignage du demandeur). Toutefois, il reste qu'au terme de l'audience, les décideurs doivent connaître tous les faits pertinents pour être en mesure de prendre une décision éclairée.

¹⁵⁷ Puisque la pertinence est une question de droit (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9) donnant ouverture au contrôle judiciaire, les tribunaux sont généralement peu enclins à se prononcer sur cette question durant l'audience.

ne doit pas avoir été préjugée, même si cela est commode du point de vue de l'efficacité administrative. C'est précisément sur ce point que le traitement des preuves par la SPR est étonnant parce qu'il y a peu de motifs dans lesquels les commissaires portent un jugement sur leur pertinence. Pourtant, il s'agit de la première étape du raisonnement juridique guidant l'évaluation de la question de savoir si le demandeur s'est déchargé de son fardeau de preuve. C'est en utilisant le concept de pertinence qu'il est possible de faire le tri entre les preuves qui seront écartées et celles qui seront conservées pour les fins d'en examiner leur force probante. Si, au moment du délibéré, il appert que la preuve n'est pas pertinente, le commissaire ne peut pas l'utiliser dans les motifs de sa décision. Agir contrairement à ce principe constitue une erreur de droit car la preuve non pertinente n'a pas de poids. Comme le soulignent Sopinka et Lederman, la pertinence de la preuve doit être distinguée de l'évaluation de la force probante de la preuve. En effet, le droit canadien ne reconnaît pas de « degré de pertinence », contrairement au droit anglais¹⁵⁸.

2. La force probante des preuves

Le domaine de l'évaluation de la force probante des preuves a fait l'objet de peu d'écrits en droit administratif¹⁵⁹. Ce peu d'intérêt

¹⁵⁸ En droit anglais, les juges et juristes parleront plus volontiers de la question de savoir si la preuve est suffisamment pertinente (« *sufficiently relevant* »): Colin TAPPER, *Cross and Tapper on Evidence*, 8^e éd., Londres, Butterworths, 1995, p. 66. Sur cette question, voir : J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 1, § 2.49.

¹⁵⁹ Voir le texte de J.L.H. SPRAGUE, *loc. cit.*, note 6, 276 et suiv., dans lequel la question de l'évaluation du poids de la preuve est abordée. À l'exception de cet article, les rares auteurs de droit administratif canadiens qui ont écrit sur la preuve devant les tribunaux administratifs n'abordent pas cette question. Voir par exemple : Yves OUELLETTE, « Aspect de la procédure et de la preuve devant les tribunaux administratifs », (1986) 16 *R.D.U.S.* 819; voir aussi : Yves OUELLETTE, « La procédure et la preuve devant les juridictions administratives », (1979) 39 *R. du B.* 704; Y. OUELLETTE, *op. cit.*, note 4; Patrice GARANT, « La preuve devant les tribunaux administratifs et quasi judiciaires », (1980) 21 *Cahiers* 825; Edward RATUSHNY, « Rules of Evidence and Procedural Problems Before Administrative Tribunals », (1989) 2 *Can. J. Adm. L. & Practice* 157; Nurjehan WAWANI, « Questions relatives à la preuve intéressant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié à l'âge de la diversité », (1994) 8 *Can. J. L. & Practice* 41. En droit civil et criminel de tradition de common law, l'intérêt de la plupart des auteurs était axé sur la question de l'admissibilité des preuves. À

des juristes pour cette matière est compréhensible dans la mesure où il est difficile d'en systématiser les principes puisque la force probante d'une preuve découle nécessairement des faits en litige. L'arrêt *Morris* de la Cour suprême illustre bien, cependant, l'application du principe de l'évaluation de la force probante des preuves¹⁶⁰. Dans cette affaire, le prévenu était accusé de trafic d'héroïne importée de Hong Kong. Une fouille de son appartement a permis à la police de trouver un article de journal portant sur les sources d'approvisionnement d'héroïne au Pakistan. Le juge McIntyre a estimé qu'il s'agissait d'une preuve dont la force probante était faible, puisqu'il n'est pas possible de déduire, à partir du fait que le prévenu connaissait les sources d'approvisionnement d'héroïne au Pakistan, que ce dernier a importé de l'héroïne de Hong Kong. La seule inférence qu'il est possible de tirer de cette preuve est que le prévenu s'intéresse à la question du trafic d'héroïne. Le juge a cependant pris le soin de noter que s'il s'était agi d'un article sur les sources d'approvisionnement en héroïne à Hong Kong, sa valeur probante par rapport au litige aurait été plus grande. De même, s'il s'était agi d'un guide énonçant les étapes à suivre pour importer de l'héroïne de Hong Kong, son poids aurait été encore plus lourd.

Tout comme dans le cas de la pertinence, les commissaires omettent fréquemment d'évaluer la valeur probante des faits issus des documents publics par rapport à ceux relatés par le demandeur¹⁶¹.

cet égard, l'ouvrage de J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 1, est un classique. Il est important de noter que le juriste de common law utilise l'expression « *evidence (rules of)* » pour référer aux règles d'admissibilité des preuves et à l'expression « *proof (legal)* » pour référer à l'évaluation des preuves. Toutefois, comme le souligne Twining, certains chercheurs se sont intéressés à d'autres sujets que celui de l'admissibilité des preuves : William TWINING, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, p. 32-91 (il s'agit d'un texte dans lequel il fait une revue de la littérature sur le sujet : « The Rationalist Tradition of Evidence Scholarship »). Twining s'est penché sur les travaux de deux très importants juristes en droit de la preuve : Bentham et Wigmore. Voir : William TWINING, *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore*, Stanford, Stanford University Press, 1985. Au cours des vingt dernières années, il y a eu un regain d'intérêt pour cette question. Les chercheurs se sont notamment intéressés aux liens entre la connaissance et l'évaluation des preuves. Voir les références citées à la note 166.

¹⁶⁰ R. c. *Morris*, [1983] 2 R.C.S. 190, 191-193. Cet exemple est tiré de l'ouvrage de J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *op. cit.*, note 1, § 2.49.

¹⁶¹ *Menaker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [1997] A.Q. (Quicklaw) n^o 1431, par. 4 (C.F.).

Les commissaires ont l'obligation de fournir des justifications raisonnables lorsqu'ils attribuent un poids aux preuves, mais le caractère raisonnable des motifs ne peut pas être inféré de manière générale selon le type de preuve. Les commissaires doivent tenir compte du contexte d'une demande particulière. Aussi, à ce dernier stade du raisonnement, les décideurs doivent se demander si une preuve pertinente contredit ou confirme, en tout ou en partie, une autre preuve pertinente et si cette contradiction ou confirmation porte sur une question fondamentale (une preuve dont le poids est lourd), secondaire (une preuve dont le poids est moyen) ou mineure (une preuve dont le poids est faible) de l'affaire.

Toutefois, ce n'est pas ce que les commissaires de la SPR font¹⁶². Dans une forte proportion de cas, ils accordent plutôt *a priori* un poids prédéterminé aux preuves : dans le cas de la preuve documentaire, leur tendance est de donner un poids plus lourd et, dans le cas de la preuve testimoniale, un poids plus faible. Cette façon de faire rappelle, d'une certaine manière, l'ancien régime légal des preuves issu de la pensée romano-canonique. Comme il a été mentionné plus haut, ce régime a mené à l'établissement d'une hiérarchie très précise des modes de preuve et du poids respectif que les juges pouvaient accorder à chacune d'elles. Certaines avaient le poids d'une preuve pleine; d'autres, de demi, de quart ou de huitième de preuve. L'histoire continentale du régime de la preuve légale, bien qu'elle soit étrangère à la tradition de common law, reflète néanmoins une conception de l'évaluation du poids des preuves qui émerge de la SPR et dont les fondements théoriques peuvent être retracés dans la théorie foundationaliste empirique (a). Toutefois, les juges de la Cour fédérale ont implicitement invité les commissaires à s'éloigner de cette théorie et à adopter une perspective plus proche de la théorie cohérentiste. Mais peut-être, faute de formation à cet égard, ces enseignements de la Cour n'ont pas fait leur chemin dans les raisonnements juridiques des commissaires de la SPR portant sur la preuve des faits matériels.

¹⁶² Seules deux décisions de la Cour fédérale, toutes deux provenant du juge Teitelbaum, réitérent le principe selon lequel toutes les preuves documentaires n'ont pas le même degré de fiabilité : *Cai c. Minister of Citizenship and Immigration of Canada*, (1997) 131 F.T.R. 66, 74 (C.F.); *Vaithilingam c. Minister of Citizenship & Immigration of Canada*, (2001) 13 Imm. L.R. (3d) 120, par. 27, 29, 30 (C.F.).

a. La théorie fondationaliste empirique

L'art d'évaluer le poids des preuves des faits matériels est longtemps resté dans l'ombre dans la tradition de common law. En effet, le régime de preuve libre était déjà appliqué depuis le haut Moyen Âge dans le cadre des délibérations du procès par jury et, ce type de procès a, pendant longtemps, été le mode de règlement ordinaire des litiges en matière civile et pénale¹⁶³. Puisque les délibérations du jury ne sont pas sujettes à examen et que la composition des jurys change constamment, l'expertise requise au maniement correct des principes de cet art n'a pu se construire par couches successives, d'une génération à l'autre. Par conséquent, puisque l'évaluation du poids de preuve se fait dans le cadre du délibéré et qu'il n'est pas possible de connaître les raisons ayant fait pencher le verdict du jury d'un côté plutôt que de l'autre, la connaissance des principes guidant la manière d'évaluer le poids des preuves les unes par rapport aux autres ne se transmet pas d'un jury à l'autre, contrairement au droit continental où ce sont les juges qui accomplissent cette tâche et étayent leurs raisonnements par écrit dans les motifs de leurs jugements¹⁶⁴.

Lorsque le juge de common law a commencé à résoudre exclusivement certains litiges, la construction du système de preuve était déjà très avancée et adaptée au contexte habituel du procès, c'est-à-dire lorsqu'il y a un jury qui rend verdict sur les faits matériels du litige. Les juristes de tradition de common law ont mis sur pied un système complexe de règles d'exclusion des preuves et d'objections aux preuves afin de faciliter le travail du jury, les règles d'exclusion servant à retenir uniquement les preuves fiables et les règles d'objection, les preuves pertinentes. Ainsi, les jurés, et par la suite les juges lorsqu'ils se chargent de déterminer tous les aspects d'un

¹⁶³ Henry John STEPHEN, *New Commentaries on the Laws of England*, vol. III, Londres, Garland Publishing, 1979, p. 587 et 588.

¹⁶⁴ S. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 20, vol. IX, p. 181 qui fait la remarque suivante :

The jury therefore, and not the canonical procedure, took the place of the old forms of proofs; and the jury was treated by the judges as they treated those proofs. [...] [The jury] could only be asked to give a verdict which would conclude the case. [...] It is clear that this method of treating the jury will make for the preservation of many of the old ideas as to the nature of a trial, and will prevent any borrowing from the canonist rules of evidence. It will therefore entail a relatively slow development of a law of evidence.

litige, n'ont pas à se pencher sur ces questions. Tout ce qui leur reste à faire est d'évaluer la force probante des preuves que les *counsels* s'efforcent de réduire à leur plus simple expression par le jeu des exclusions et des objections.

Dans le droit de la preuve de tradition de common law, on peut donc supposer que les apprentissages, nécessaires à l'évaluation de la force probante des preuves, ne se sont pas faits; en tout cas, pas de la même manière qu'en terre continentale où le juge évalue depuis longtemps le poids des preuves. Même si les motifs du juge continental sont succincts, il peut à tout le moins instruire ses confrères et consœurs sur les principes de cet art. Il est donc possible que les juges et juristes de common law se soient tournés vers la pensée continentale pour y puiser des sources d'inspiration sur les méthodes d'évaluation de la force probante des preuves. Par conséquent, les empreintes de ces raisonnements qui étaient faits sous l'ancien régime légal des preuves issu de la pensée romano-canonique auraient laissé leurs traces sur le régime insulaire¹⁶⁵.

En effet, le régime d'exclusion des preuves de tradition de common law est basé, tout comme celui provenant du système romano-canonique, sur la proposition selon laquelle ce ne sont pas toutes les preuves qui apportent une contribution égale aux justifications de ce que nous croyons être vrai. La prémisse étant qu'il existe des renseignements qui sont plus fiables que d'autres. C'est à partir de cette prémisse que les juristes dans les deux systèmes ont procédé à une classification des types de preuves et qu'ils leur ont assigné un poids plus ou moins grand (fiables/peu fiables/non-fiables – preuve pleine/½ preuve/¼ de preuve), tout dépendant du degré de vérification dont ces preuves peuvent faire l'objet. Selon cette approche, il est postulé qu'il est possible de donner des indications relatives aux types d'informations qui méritent d'être traitées plus sérieusement que d'autres. C'est cette conception des fondements

¹⁶⁵ D'ailleurs, Holdsworth explique que déjà, au XIII^e siècle, les juristes anglais tels que Bracton, qui avaient étudié le droit civil et canon, ont appuyé l'adoption d'une approche romano-canonique d'évaluation du poids des preuves. Toutefois, une véritable influence de la pensée continentale s'est fait sentir plus tard : Sir W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 20, vol. IX, p. 180 et 181.

théoriques du droit de la preuve que je nomme le fondationalisme empirique¹⁶⁶.

Cette théorie explique le fondement général du raisonnement des commissaires, mais elle n'explique pas les raisons spécifiques pour lesquelles les commissaires ont tendance à accorder plus de poids au oui-dire contenu dans les documents publics qu'aux témoignages des demandeurs. Dans un système dominé par le régime légal de common law, les décideurs ont plutôt tendance à accorder un poids *a priori* plus faible au oui-dire qu'aux autres moyens de preuve, en faisant valoir qu'il ne s'agit ni d'une preuve assermentée, ni de la meilleure preuve¹⁶⁷. Donc, les racines du préjugé favorable des commissaires à l'endroit des documents publics doivent être recherchées ailleurs. C'est à cet égard que l'histoire du droit de la preuve anglais donne des pistes pouvant fournir un début d'explication. En effet, le principe de la supériorité de l'écrit sur le témoignage oral a été établi au XII^e siècle en Angleterre, alors

¹⁶⁶ Cette appellation est un emprunt à l'expression « *empiricist foundationalism* » qui provient de l'ouvrage de Susan Haack sur les épistémologies « cohérentiste/coherentist » et « fondationaliste/foundationalist » : Susan HAACK, *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, Oxford, Blackwell, 1993, p. 13-19. Sur la connaissance et la cohérence, voir : Paul THAGARD, Chris ELIASMITH, Paul RUSNOCK et Cameron SHELLEY, « Knowledge and Coherence », dans Renée ELIO (dir.), *Common Sense, Reasoning and Rationality*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 104; Robert AUDI, « Fallibilist foundationalism and Holistic Coherentism », dans Louis P. POJMAN (dir.), *The Theory of Knowledge: Classical and Contemporary Readings*, Belmont, CA, Wadsworth, p. 263 (1993); Donald DAVIDSON, « A Coherence Theory of Truth and Knowledge », dans Ernest LEPORE (dir.), *Truth and Interpretation: Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 307-319; Stephen READ et Amy MARCUS-NEWHALL, « Explanatory Coherence in Social Explanations: A Parallel Distributed Processing Account », (1993) 65 *Journal of Personality and Social Psychology* 429; Paul THAGARD, « Adversarial Problem Solving: Modelling and Opponent Using Explanatory Coherence », (1992) 16 *Cognitive Science* 123.

¹⁶⁷ Dans *Garton v. Hunter*, (1969) 1 All E.R. 451, 453 (C.A.), Lord Denning fait implicitement valoir la règle de la meilleure preuve. La règle servait à distinguer les sources primaires des sources secondaires (l'original ou la copie / le témoignage direct ou le oui-dire) pour déterminer laquelle des preuves était admissible. Dans son acception contemporaine, la règle de la meilleure preuve est une question d'évaluation de son poids et non plus une question d'admissibilité et, en général, elle sera plutôt utilisée à titre de justification pour accorder non pas plus mais moins de poids à de la preuve secondaire.

qu'en France, ce n'est qu'au XVI^e siècle que l'écrit aura préséance sur le témoignage oral¹⁶⁸.

Toutefois, même si l'histoire du droit de la preuve et la théorie du fondationalisme empirique peuvent aider à mieux comprendre les raisons pour lesquelles les commissaires de la SPR accordent une plus grande force probante aux documents publics, elles ne justifient ni ces pratiques, ni le fait que certains juges de la Cour fédérale y consentent. Cette façon de procéder va à l'encontre du régime de preuve libre. Une fois les preuves reçues dans le cadre de ce régime, aucune d'entre elles ne peut *a priori* se voir attribuer un poids plus lourd que l'autre, car la force probante ne peut s'inférer que du contexte d'un litige. C'est ce principe que d'autres juges de la Cour fédérale tentent d'inculquer aux commissaires lorsqu'ils font valoir l'idée selon laquelle les commissaires doivent évaluer la preuve comme un tout : « l'évaluation de tous les éléments de preuve suppose que ces éléments doivent être appréciés *ensemble* »¹⁶⁹. Lorsqu'on cumule le principe général du régime de preuve libre (la recevabilité de toute preuve fiable) à l'évaluation de la force probante des preuves comme s'il s'agissait d'un ensemble (plutôt que la somme de parties), la théorie fondationaliste empirique n'est plus valable pour expliquer les raisonnements juridiques qui sous-tendent les fondements de ce régime. À cet égard, la théorie cohérentiste offre des pistes de réflexion plus intéressantes non seulement

¹⁶⁸ Mais évidemment cette explication n'est pas complètement satisfaisante, car elle indiquerait, ce qui n'est pas impossible, une grande confusion chez les commissaires entre le régime de preuve s'appliquant aux actes juridiques et celui s'appliquant aux faits matériels. Voir *supra*, notes infrapaginales 67 et 68.

¹⁶⁹ Ce principe est bien expliqué dans le guide sur l'évaluation de la crédibilité, COMMISSION DE L'IMMIGRATION ET DU STATUT DE RÉFUGIÉ, SECTION DE LA PROTECTION DES RÉFUGIÉS, *op. cit.*, note 59, p. 11, au point 2.1 : « La Cour fédérale a clairement établi dans de nombreuses décisions que, dans l'évaluation de la crédibilité du demandeur, il importe de se rappeler que ce sont *tous* les éléments de la preuve, orale et documentaire, qui doivent être pris en considération et appréciés, et non certains d'entre eux seulement ». Dans le guide, les décisions suivantes sont citées : *Mensah, George Akohene c. M.E.I.*, C.A.F., n° A-1173-88, j. Pratte, Hugessen et Desjardins, 23 novembre 1989; *Hilo c. Minister of Employment & Immigration of Canada*, précité, note 111, 201; *Tung c. Minister of Employment and Immigration*, (1991) 124 N.R. 388 (C.A.F.). Cela comprendrait l'examen de la situation dans le pays d'origine du demandeur ainsi que du vécu des personnes qui se trouvent dans une situation analogue dans le même pays : *Bains c. Minister of Employment and Immigration of Canada*, précité, note 31, 298; *Chaudri v. Minister of Employment and Immigration*, (1986) 69 N.R. 114, 116 (C.A.F.).

pour fournir des fondements aux raisonnements juridiques dans un régime de preuve libre, mais aussi lorsque ce dernier est appliqué dans le cadre d'un processus décisionnel multiculturel.

b. La théorie cohérentiste

La théorie cohérentiste postule que le comportement humain ne peut pas être décrit, sans parler d'être expliqué, sur la base de caractéristiques externes et objectifiables. Il faut plutôt comprendre le comportement humain en termes d'attitudes et de significations que les agents eux-mêmes attribuent à leurs actions. Il n'existe donc pas de vérité indubitable et les croyances sont justifiées dans la mesure où elles sont cohérentes avec d'autres croyances. Dans le cadre d'une approche cohérentiste du droit de la preuve, il n'est pas possible de donner des indications relatives aux types de preuve qui méritent d'être traitées plus sérieusement que d'autres. Les règles ne servent pas à favoriser l'ordonnancement mécanique des types de preuve en fonction du poids qui peut être accordé à chacune d'elle, mais à favoriser une plus grande compréhension entre tous les acteurs du processus décisionnel. Ainsi, cette théorie est plus adaptée aux défis posés lors du traitement des preuves dans un régime de preuve libre, et tout particulièrement lorsqu'il est appliqué dans un contexte décisionnel multiculturel tel celui de la SPR.

Si les commissaires adoptaient plus clairement cette approche théorique, cela leur permettrait de prendre leurs distances face aux silences et ambiguïtés institutionnelles sur le fonctionnement du régime de preuve libre qui, pour le moment, engendrent un consentement tacite à cette pratique discutable qui est d'accorder *a priori* un poids prédéterminé aux preuves. Cette pratique est d'ailleurs particulièrement troublante lorsqu'on examine de plus près les faits et opinions contenus dans les documents publics. Bien souvent, ces renseignements sont très généraux et tout ce que les commissaires peuvent en tirer sont des inférences. Ce genre de scénario est fréquent dans le processus de détermination du statut de réfugié puisque l'information parvenant aux commissaires est, comme je l'ai déjà souligné, généralement incertaine, fragmentaire et constamment changeante. Néanmoins, c'est à partir de ces inférences que les commissaires attaquent la crédibilité des témoignages des demandeurs, mais sans vérifier auprès de ces derniers si leurs constructions de la réalité (celles que les commissaires conçoivent à l'aide de leur sens commun) sont cohérentes eu égard au contexte

culturel du demandeur. En somme, on peut s'interroger sur les probabilités d'inexactitude de ces inférences, car elles émanent de l'esprit de personnes (les décideurs) qui connaissent peu de chose du contexte dans lequel s'inscrit l'information.

Une approche cohérentiste du droit de la preuve pourrait s'avérer plus équitable à l'égard des demandeurs du statut de réfugié, car elle invite les décideurs à se mettre à l'affût de leurs propres préjugés, prénotions et prémisses sur lesquels ils fondent leurs raisonnements. Dans le cadre de cette théorie, il ne suffit plus que les décideurs indiquent qu'ils préfèrent croire une explication des événements jugés plus raisonnables ou faire leurs propres hypothèses quant à la façon dont les événements se sont réellement déroulés. Ils doivent être en mesure d'identifier leurs méconnaissances et être capable d'admettre leurs incompréhensions à l'égard d'autres cultures, afin notamment de permettre au demandeur de contredire, le cas échéant, l'inexactitude de l'information ou encore de permettre au décideur de se remettre en accord avec la réalité telle que vécue par le demandeur. Dans un contexte tel que la SPR où on exige de non-experts qu'ils fassent des raisonnements factuels et juridiques complexes et rendent des décisions qui peuvent avoir des répercussions sur la sécurité de milliers de personnes (environ 35 % des 25 000 à 30 000 demandes annuelles sont rejetées), la réflexion théorique, les choix qui en découlent et leur mise en œuvre sur le plan pratique ne peuvent plus être écartés par les acteurs qui agissent au quotidien au motif qu'il s'agit de questions académiques. D'ailleurs, la Cour suprême a déjà commencé une réflexion en ce sens.

Dans l'esprit d'atteindre une plus grande compréhension intersubjective, la Cour suprême a fait des changements importants dans le régime légal de preuve de tradition de common law, en créant notamment une ouverture plus grande sur la preuve des faits sociaux afin de donner la possibilité aux juges de mieux comprendre le contexte culturel des parties (au sens large, c'est-à-dire social, politique et économique). Cette ouverture a commencé dans le contexte des droits et libertés fondamentaux où la Cour a accepté, par exemple, d'entendre des intervenants, y compris un expert, pour s'instruire sur le syndrome de la femme battue¹⁷⁰. Cette quête

¹⁷⁰ R. c. *Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852. Sur l'utilisation des faits sociaux dans le contexte de l'interprétation constitutionnelle, voir les excellents articles de Danielle

de compréhension du contexte s'est poursuivie, notamment, dans des affaires portant sur le droit autochtone¹⁷¹ et matrimonial¹⁷² dans lesquelles les juges se basent non seulement sur la preuve présentée par des intervenants pour mieux comprendre des phénomènes sociaux, tels l'appauvrissement des femmes à la suite d'un divorce, mais également sur la règle de la connaissance d'office. L'utilisation de cette règle pour cette fin est particulièrement avant-gardiste puisqu'elle a traditionnellement été utilisée par les juges pour prendre connaissance d'office de faits notoires ou de faits pouvant être vérifiés facilement d'une manière indiscutable¹⁷³.

En 1994, la juge L'Heureux-Dubé écrivait sur les liens entre la connaissance d'office et les savoirs issus du sens commun et sur lesquels les décideurs s'appuient pour faire des raisonnements. Elle a dit du sens commun qu'il comprend :

[...] a prism of personal experience and understandings through which judges and jurors, as factfinders, both perceive and interpret that which is put before them. Not all factfinders, however, will perceive the same circumstances in the same way. Moreover, while the prism held by most factfinders may constitute a perfectly adequate analytical framework in most situations, in certain contexts it may not accord with reality, and

PINARD, « Charter and Context: The Facts for Which We Need Evidence, and the Mysterious Other Ones », (2001) 14 *Supreme Court L. Rev.* 163; « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Breifs : quelques réserves », (1996) 26 *R.D.U.S.* 497, ainsi que celui cité à la note 1.

¹⁷¹ *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1050.

¹⁷² *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, 699.

¹⁷³ *Commonwealth Shipping Representative v. Peninsular and Oriental Branch Service*, [1923] A.C. 191, 213 (H.L.). Par exemple, on a affirmé dans l'affaire *Baldwin qu'une cour* peut consulter un dictionnaire général et même technique : *Baldwin and Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal*, [1959] A.C. 663, 684 et 691 (H.L.). Claude FABIEN, « L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles, dans le procès civil », (1987) 66 *R. du B. can.* 433. Dans le cas des tribunaux administratifs, la portée du concept est beaucoup plus étendue. Il vise non seulement les faits dont les juges peuvent prendre connaissance d'office, mais également les faits et opinions qui sont du ressort de leur spécialisation. Pour la SPR, voir la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée, note 8, art. 170 i) : « Dans toute affaire dont elle est saisie, la Section de la protection des réfugiés : i) peut admettre d'office les faits admissibles en justice et les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation »; France HOULE, « The Use of Official Notice in a Refugee Determination Process », (1993) 34 *C. de D.* 573.

*may therefore impede rather than advance the question to find facts in a way that is reflective of how people really experience the world.*¹⁷⁴

Ainsi, lorsque le sens commun des décideurs entrave leur compréhension du contexte plutôt que la faire progresser, la juge L'Heureux-Dubé estime qu'il est possible de prendre connaissance d'office de ce qu'elle appelle les *social framework evidence*, car ils peuvent jouer « *both a meaningful and a necessary role in re-aligning that prism with reality* ».

En somme, cette réflexion est importante dans le droit de la preuve en général, mais surtout dans un régime de preuve libre lorsqu'il est applicable dans un contexte où les décideurs ne sont pas des experts en matière de cultures étrangères. En effet, elle peut laisser entrevoir le développement du principe d'équité ou de justice naturelle afin d'y inclure un devoir de compréhension intersubjective. Ce devoir pourrait mener à concevoir des principes de procédure et de preuve qui pourraient fournir une assistance aux décideurs afin qu'ils puissent s'interroger sur leur propre compréhension du monde et l'adéquation de leur compréhension avec celle qui est véhiculée par les parties témoignant devant eux¹⁷⁵. Ce devoir de compréhension intersubjective pourrait, par exemple, entraîner

¹⁷⁴ C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 1, 559. Voir aussi sa dissidence dans *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 626 : « Dans la majorité des cas, on s'entendra généralement sur ce qui est pertinent, et la détermination de la pertinence ne posera pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l'expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes [...] ». Sur l'utilisation des recherches en sciences sociales et de leurs données dans le cadre de procès, les professeurs Walker et Monahan ont écrit plusieurs articles. Comme le fait remarquer la juge L'Heureux-Dubé dans son article (*loc. cit.*, note 1, 555), ils divisent leur classification des faits en trois catégories qu'ils nomment : (1) *social authority*; (2) *social framework* et (3) *social facts*. Voir les articles de Laurens WALKER et John MONAHAN, « Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law », 134 *U. Pa. L. Rev.* 477 (1986); « Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law », 73 *Va. L. Rev.* 559 (1987); « Social Facts: Scientific Methodology as Legal Precedent », 76 *Ca. L. Rev.* 877 (1988); « Empirical Questions Without Empirical Answers », *Wis. L. Rev.* 569 (1991).

¹⁷⁵ À cet égard, la connaissance d'office serait particulièrement adaptée à ce type de tâche dans le contexte du droit de la famille : C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 1, 568-571. Voir aussi : Susan G. DRUMMOND, « Judicial Notice; the Very Texture of Legal Reasoning », (2000) 15 *Can. J. of L. & Soc.* 1. Dans son article, Danielle Pinard (*loc. cit.*, note 1, 133) fait référence au texte de Jean CHEVALLIER, « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », *Rev. trim. dr. civ.* 1962.60.5. Voir la conclusion de l'auteur aux pages 18 et 19 qui

des changements sur la définition des contours juridiques de certains principes de droit administratif relatifs à la prise de décision individuelle, tels celui du droit d'être entendu et de faire valoir ses moyens, l'obligation de motiver les décisions et l'étendue de la connaissance d'office des faits et opinions qui ressortent de la spécialisation des décideurs de certains tribunaux administratifs.

*

* *

Il est très incertain que la théorie fondationaliste empirique produise des raisonnements équitables dans un régime de preuve libre, surtout lorsqu'elle est utilisée dans un contexte décisionnel multiculturel. Afin de remédier aux traitements symptomatiques du ouï-dire contenu dans les documents publics par rapport aux témoignages des demandeurs, la Cour fédérale pourrait plus clairement guider les commissaires sur les étapes à suivre lors de ce processus. Lors de la première étape, le décideur devrait porter un jugement sur le caractère crédible ou digne de foi du document public en soi. Cette qualité conférée à une preuve ne peut pas être inférée de son objectivité, comprise ici au sens de la neutralité du déclarant, mais de son objectivité au sens de la fiabilité du document. En droit administratif, une preuve par ouï-dire est digne de foi si elle offre des garanties raisonnables de fiabilité eu égard à la compétence des chercheurs et de leurs méthodes de recherches. Il faut également donner la possibilité au demandeur de confirmer ou de contredire cette preuve. Si le commissaire est d'avis que le document revêt de telles caractéristiques, il peut la recevoir en preuve. Lorsque l'audience est terminée, les commissaires peuvent passer à la deuxième étape du processus. Durant le délibéré, les commissaires examinent les preuves. À ce stade, il s'agit en premier lieu de

insiste non pas sur la nature des connaissances pour déterminer la mesure dans laquelle il est légitime pour un juge d'utiliser ses connaissances personnelles, mais plutôt sur son rôle dans le processus décisionnel. Il ne pourrait pas utiliser ses connaissances personnelles lors du processus d'établissement des faits, mais lors du processus d'évaluation des faits. Voir également : Kenneth Culp DAVIS, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », 55 *Harvard L. Rev.* 364 (1942); Kenneth Culp DAVIS, « Judicial Notice », 55 *Columbia Law Rev.* 945, 952-959 (1955), qui propose une distinction entre les « *adjudicative facts* » et les « *legislative facts* » qui se veut utile à la prise de décision à savoir si le fait connu d'office doit être divulgué à l'intéressé dans le cadre d'un processus décisionnel afin de lui donner une chance équitable de faire valoir son point de vue.

distinguer les preuves pertinentes de celles qui ne le sont pas. Dans un deuxième temps, il s'agit d'évaluer la force probante des preuves retenues en raison de leur pertinence en tenant compte du contexte particulier de la demande.

Ces directives jurisprudentielles pourraient, dans l'intervalle d'une véritable réflexion théorique des fondements du droit de la preuve dans un régime de preuve libre, pallier les problèmes qui ont été soulevés dans cet article. En ce qui a trait à la réflexion théorique, il serait utile d'étudier de manière plus approfondie l'approche cohérentiste, d'autant plus que les juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême ont déjà posé quelques jalons qui permettent de penser que les développements contemporains des régimes légal et libre de tradition de common law s'orientent dans cette direction.

*

* *

La question de départ était de savoir s'il était possible de retrouver des traces, dans l'histoire du droit de la preuve de tradition de common law, des présomptions de mauvaise foi à l'égard du témoignage du demandeur et d'objectivité à l'égard des documents publics. Le constat ayant motivé cette question de départ était que le traitement des preuves par la SPR n'est pas compatible, du moins à première vue, avec les règles contemporaines du droit de la preuve. En effet, les régimes contemporains du droit de la preuve donnent clairement préséance à la preuve testimoniale afin de prouver les faits matériels d'un litige, l'écrit n'étant admis, à cet égard, que de manière exceptionnelle.

Au terme de cette recherche, il est possible de répondre par l'affirmative à cette question de départ et cette réponse est utile dans la mesure où elle peut servir à poser d'autres questions. Elle permet en outre de s'interroger sur la formation que reçoivent les commissaires de la SPR : est-il possible que d'anciens principes de common law aient refait surface dans la pensée scientifique des juristes de la CISR? Est-ce que ces derniers exercent leur influence sur les commissaires par leur enseignement lors de séances de formation et par l'entremise des guides qu'ils produisent? Est-ce qu'une meilleure compréhension de la manière dont les connaissances juridiques sont transmises aux commissaires aiderait à expliquer les pratiques de la SPR et leur acceptation tacite par les juges de la Cour fédérale ou faut-il chercher ailleurs? Par exemple,

est-ce que la SPR recourt à de telles pratiques afin de pallier aux difficultés spécifiques liées à la preuve du statut de réfugié au Canada?

Par ailleurs, si l'on estime cette dernière hypothèse probable – notamment en raison du fait que le demandeur est généralement le seul témoin, que son témoignage est intéressé, que les événements se déroulent à l'extérieur du Canada et qu'il n'est donc pas possible de les vérifier directement à l'aide de témoignages désintéressés, etc. –, cela ne justifie pas les pratiques de la SPR en matière du traitement des preuves découlant du recours à des présomptions de mauvaise foi à l'égard du témoignage du demandeur et d'objectivité des documents publics. Il faut bien admettre que leur application soulève des difficultés qui laissent songeur sur le plan du respect des règles de la justice naturelle.

En effet, l'usage de ces présomptions se traduit fréquemment par un manque de recul critique de la part des commissaires lorsqu'ils évaluent la force probante des preuves. Cette carence analytique des commissaires est due, du moins dans une proportion importante, au fait qu'ils ne sont pas des experts en matière d'asile et de cultures étrangères, alors que le bon fonctionnement d'un régime de preuve libre présuppose l'existence d'un contexte où les décideurs et les demandeurs partagent un même contexte social d'interprétation. Lorsque cette condition n'existe pas, le régime de preuve libre peut difficilement produire des résultats équitables. L'absence d'un point d'ancrage entre le contexte social d'interprétation du décideur et le récit du demandeur du statut de réfugié pose un problème auquel il serait partiellement possible de remédier, en accordant un temps de recherche et de réflexion plus long aux commissaires. Or, le ratio entre le nombre de demandes de statut de réfugié que chaque commissaire est tenu d'examiner et le nombre de commissaires disponibles ne le permet tout simplement pas. La tâche de travail des commissaires est très lourde et, compte tenu du délai alloué pour l'exécuter, le temps consacré à chaque dossier est minimal alors que l'effort de compréhension nécessaire à la résolution des questions factuelles et juridiques exigerait plus de réflexion.

Ces deux contraintes se traduisent par un traitement symptomatique des preuves par la SPR. Des pratiques ont vu le jour au sein de la SPR qui se sont implicitement transformées en règles en vertu desquelles les commissaires s'autorisent à accorder une valeur prédéterminée à certains types de preuves. Il résulte de ces

pratiques des analyses réductrices des faits sociaux présentés lors de l'audience sous forme de témoignages oraux ou de documents écrits. Bien souvent, les commissaires mettent simplement ces preuves en *contradiction* les unes avec les autres pour conclure que le témoignage du demandeur n'est pas crédible. Étant donné qu'il y a plusieurs milliers de décisions négatives rendues chaque année, il est plutôt curieux de constater qu'il y a si peu de motifs dans lesquels les commissaires procèdent à l'évaluation de la force probante des preuves retenues en raison de leur pertinence et, qu'à la fin du processus, ils en arrivent à la conclusion que le demandeur ne s'est pas déchargé de son fardeau de preuve. En effet, le grand avantage du régime de preuve libre est de permettre au décideur d'admettre toutes les preuves qu'ils jugent crédibles et dignes de foi afin qu'il puisse se concentrer sur la tâche d'examiner la pertinence de chaque preuve à son mérite et lui accorder un poids dans l'affaire sous étude. Devant la SPR, les preuves font très rarement l'objet d'une évaluation les unes *par rapport* aux autres afin de leur attribuer un poids respectif. Tout se passe comme si le processus d'examen des preuves ne franchissait que la première étape, soit l'examen de son caractère digne de foi, et que celle-ci était confondue avec celle de l'évaluation du poids des preuves.

Au-delà de ces critiques, cette étude a permis l'exploration d'un problème plus large. Il s'agit de celui portant sur les fondements théoriques des principes relatifs à l'évaluation de la force probante des preuves dans les régimes légal et libre du droit de la preuve dans la tradition de common law. À cet égard, la théorie fondationnaliste empirique n'explique pas valablement le régime de preuve libre. Par contre, la théorie cohérentiste permet d'entrevoir des développements intéressants en droit de la preuve, notamment en ce qui a trait à l'intégration de la dimension multiculturelle dans un processus décisionnel. Toutefois, une réflexion importante reste cependant à faire afin d'identifier plus clairement les éléments d'une conceptualisation d'un droit de la preuve ayant des visées émancipatrices plutôt que régulatrices¹⁷⁶. Par ceci, j'entends la construction d'un droit de la preuve libre où les acteurs sont en

¹⁷⁶ J'emprunte ici les expressions de B. DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, note 3, p. 25-27 : Chez De Sousa Santos, la connaissance régulatrice est celle qui tend à ramener l'ordre dans le chaos, ce qui implique dans notre cas une reconstruction du récit de sorte que celui-ci ait du sens du point de vue du décideur. La connaissance régulatrice postule qu'il existe un *bon sens*. Le chaos est codifié comme signifiant l'*ignorance*; l'ordre, le savoir. Alors que dans le cadre d'une

mesure de réconcilier leur vision du monde avec les réalités vécues par les uns et les autres. Il s'agit d'intégrer l'idée de la pluralité des cultures et de la compréhension interculturelle dans le droit de la preuve¹⁷⁷. Le défi est de taille, mais il est important de s'y intéresser afin d'inscrire le droit de la preuve dans une conception plus contemporaine de la citoyenneté¹⁷⁸ et du respect des droits fondamentaux des personnes¹⁷⁹.

pensée émancipatrice, la connaissance régulatrice est assimilée au colonialisme, ce qui signifie l'ignorance de la réciprocité. Afin de construire la pensée émancipatrice, De Sousa Santos utilise plutôt le concept de solidarité. Ce concept signifie la connaissance continue d'un *moi* capable de réciprocité. Cette réciprocité peut être atteinte par un processus de reconstruction et de reconnaissance de l'intersubjectivité.

¹⁷⁷ Sur des ouvrages relatifs à cette question et portant sur la détermination du statut de réfugié, on peut lire : Robert F. BARSKY, *Constructing a Productive Other: Discourse Theory and the Convention Refugee Hearing*, Amsterdam/Philadelphia, John Benjamins Publishing, 1994.

¹⁷⁸ Selon la sociologie du droit, la notion de citoyenneté est plus large et inclut non seulement les droits civils, politiques et socio-économiques comme Marshall l'a énoncé (voir : Thomas H. MARSHALL, *Sociology at the Crossroads and Other Essays*, London, Heinemann, 1963, p. 74), mais aussi les droits culturels : Guy ROCHER, « Droits fondamentaux, citoyens minoritaires, citoyens majoritaires », dans Michel COUTU, Pierre BOSSET, Caroline GENDREAU et Daniel VILLENEUVE (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 23.

¹⁷⁹ Notamment des principes de la justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui reçoivent application dans le cadre du processus de détermination du statut de réfugié au Canada depuis l'arrêt *Singh* de la Cour suprême du Canada, précité, note 30.

Annexe 1

**Tableau 1 : Commissaires nommés
à la CISR entre 1998 et 2003¹⁸⁰**

Qualifications	Juristes ¹⁸¹	Autres	TOTAL
Experts ¹⁸²	19 (42 %)	18 (30 %)	37 (35 %)
Profanes	26 (58 %)	43 (70 %)	69 (65 %)
TOTAL	45 (42 %)	61 (58 %)	106 (100 %)

**Tableau 2 : Commissaires non-juristes nommés
à la CISR entre 1998 et 2003¹⁸³**

Qualifications	Ancien membre d'un tribunal administratif ¹⁸⁴	Secteur public ¹⁸⁵	Secteur communautaire	Secteur des affaires	Éducation	Autres	TOTAL
Experts non-juristes ¹⁸⁶	4 (31 %)	5 (33 %)	3 (60 %)	2 (12 %)	3 (50 %)	1 (17 %)	18 (30 %)
Profanes non-juristes	9 (69 %)	10 (67 %)	2 (40 %)	14 (88 %)	3 (50 %)	5 (83 %)	43 (70 %)
TOTAL	13 (21 %)	15 (25 %)	5 (8 %)	16 (26 %)	6 (10 %)	6 (10 %)	61 (100 %)

¹⁸⁰ Les résultats ont été compilés à partir des communiqués de presse publiés sur le site Internet de *Citoyenneté et Immigration Canada* [www.cic.gc.ca/francais/pub/index.html]. Seuls les membres nommés pour la première fois à la CISR ont été considérés. Pour l'année 2003, les résultats incluent les nominations annoncées jusqu'au 26 mai 2003. Voir l'annexe 2 qui donne la procédure suivie pour la préparation de ce tableau.

¹⁸¹ Avocats, notaires et professeurs de droit qui, en raison de leur formation, ont une connaissance minimale de la procédure judiciaire.

¹⁸² Personnes ayant une expérience pertinente dans le domaine de l'immigration, des réfugiés, des droits de la personne ou des relations interraciales.

¹⁸³ Les résultats ont été compilés à partir des communiqués de presse publiés sur le site Internet de *Citoyenneté et Immigration Canada* [www.cic.gc.ca/francais/pub/index.html]. Seuls les membres nommés pour la première fois à la CISR ont été considérés. Pour l'année 2003, les résultats incluent les nominations annoncées jusqu'au 26 mai 2003. Voir l'annexe 2 qui donne la procédure suivie pour la préparation de ce tableau.

¹⁸⁴ À l'exclusion de la CISR.

¹⁸⁵ Cette catégorie inclut également les personnes ayant une expérience au sein d'une ONG, d'une organisation internationale ou d'un groupe de pression.

¹⁸⁶ Personnes ayant une expérience pertinente dans le domaine de l'immigration, des réfugiés, des droits de la personne ou des relations interraciales.

Annexe 2

Procédure suivie pour la préparation des tableaux de l'Annexe 1

Objectif : Déterminer le caractère expert ou profane des personnes ayant fait l'objet d'une nomination à titre de membre de la CISR entre 1998 et 2003.

Population : Individus nommés pour la **première fois** à titre de membre de la CISR. Les individus ayant fait l'objet d'une promotion ou d'un renouvellement de mandat (consécutif ou non) sont exclus.

Échantillon : 106 individus : **1998** (46), **1999** (3), **2000** (7), **2001** (24), **2002** (12) et **2003** (14).

Données : Les résultats ont été compilés à partir des notes biographiques contenues dans les communiqués de presse publiés sur le site Internet de *Citoyenneté et Immigration Canada* [www.cic.gc.ca/francais/pub/index.html]. Site visité le 26 mai 2003.

Variables : La variable **compétence** a été divisée en deux catégories, soit experts et profanes. Les experts sont les individus qui possèdent une expérience pertinente dans le domaine de l'immigration, des réfugiés, des droits de la personne et/ou des relations interraciales.

La variable **qualification** a été divisée en deux catégories, soit juristes et autres. La catégorie des juristes inclut les avocats, les notaires et les professeurs de droit qui, en raison de leur formation, possèdent une compétence minimale en matière de procédure judiciaire.

Dans un deuxième temps, la catégorie autres a été ventilée en six sous-catégories : **ancien membre d'un tribunal administratif** (à l'exclusion de la CISR), **secteur public** (fonctionnaires, membres d'une ONG, d'une organisation internationale ou d'un groupe de pression), **secteur communautaire** (groupe d'en-

traide, association, OSBL, ...), **secteur des affaires, éducation et autres.**

Les avocats, notaires et professeurs de droit ont été classés automatiquement dans la catégorie juriste et ce, peu importe leurs autres qualifications.

Lorsqu'il est impossible de classer un individu dans une seule des catégories de la variable qualification en raison de ses expériences diverses, il faut se référer à une hiérarchie pour éviter absolument qu'un même individu se retrouve dans plus d'une catégorie à la fois. **HIÉRARCHIE** : membre d'un tribunal administratif, secteur public, secteur communautaire, secteur des affaires, éducation, autres.

Cette hiérarchie entre les catégories de la variable **qualification** ne doit pas être utilisée lorsqu'une interprétation raisonnable permet de classer un individu dans une seule catégorie en raison d'une expérience prépondérante dans un secteur donné.

Codes : E = Expert
NE = Non-expert
J = Juriste
T = Membre d'un tribunal administratif
P = Secteur public
C = Secteur communautaire
É = Éducation
• = Autres

Exemple : Un avocat spécialiste du droit de l'immigration = JE