

A-452-91

A-452-91

Armada Communications Limited, Russwood Broadcasting Limited, William Robert Peterson and James Mattern (*Applicants*)

v.

Lyle Moffatt, in his capacity as Adjudicator pursuant to the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, the Minister of Employment and Immigration and the Attorney General of Canada (*Respondents*)

INDEXED AS: *ARMADALE COMMUNICATIONS LTD. v. ADJUDICATOR (IMMIGRATION ACT) (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Stone and Décaré J.J.A.—Regina, June 20; Ottawa, July 4, 1991.

Immigration — Pratique — Adjudicator excluding public from inquiry under Immigration Act, s. 29(3) — Federal Court of Appeal having since declared s. 29(3) unconstitutional in McVey case — Immigration Act vesting adjudicator with "practical capability" to decide whether its provisions inconsistent with Charter — While administrative tribunal whose decisions subject to appeal lacking power to determine Charter issues, only certain of adjudicator's decisions subject to statutory appeal — As operation of McVey suspended for one year, guidelines set out for operation of s. 29(3) in interim — Reverse onus provision abrogated — S. 29(3) protecting against danger from publicity in country of origin, not stress caused claimant by presence of media.

Federal Court jurisdiction — Appeal Division — Application to review Adjudicator's decision to exclude public from inquiry under Immigration Act, s. 29(3) — Constitutionality of s. 29(3) at issue — As adjudicator having "practical capability" of deciding constitutionality of provisions of Immigration Act, also within Court's jurisdiction.

Judicial review — Applications to review — Adjudicator deciding to exclude public from inquiry under Immigration Act, s. 29(3) — Constitutionality of s. 29(3) questioned — Court's power of review limited by powers of tribunal whose decision under review — Judicial review not effective remedy for person affected by invalid law — As no right of appeal from decision under s. 29(3), adjudicator, and consequently Court, having jurisdiction to determine constitutionality of Act.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Inquiry under Immigration Act — Exclusion of press, public — Introduction of medical evidence claimant's life or health endangered by public inquiry matter for court of competent jurisdiction under Charter, s. 24 not for adjudicator.

Armada Communications Limited, Russwood Broadcasting Limited, William Robert Peterson et James Mattern (*requérants*)

a

c.

Lyle Moffatt, en qualité d'arbitre nommé conformément à la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, chap. I-2, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le procureur général du Canada (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: *ARMADALE COMMUNICATIONS LTD. c. ARBITRE (LOI SUR L'IMMIGRATION) (C.A.)*

c Cour d'appel, juges Hugessen, Stone et Décaré, J.C.A.—Regina, 20 juin; Ottawa, 4 juillet 1991.

Immigration — Pratique — L'arbitre a exclu le public d'une enquête tenue en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration — La Cour d'appel fédérale a depuis déclaré l'art. 29(3) inconstitutionnel dans l'arrêt McVey — La Loi sur l'immigration confère à l'arbitre la «capacité pratique» de décider si ses dispositions sont incompatibles avec la Charte — Alors que les tribunaux administratifs dont les décisions sont sujettes à appel n'ont pas la compétence de trancher des questions relatives à la Charte, un nombre limité de décisions rendues par l'arbitre sont sujettes à un appel prévu par une loi — Puisque l'effet de l'arrêt McVey est suspendu pour une période d'un an, des directives intérimaires sont énoncées relativement à l'effet de l'art. 29(3) — Les dispositions relatives à l'inversion de la charge de la preuve sont abrogées — L'art. 29(3) protège contre le danger de publicité dans le pays d'origine et non f contre le stress causé au demandeur de statut par la présence des médias.

Compétence de la Cour fédérale — Section d'appel — Demande de révision de la décision de l'arbitre d'exclure le public de l'enquête tenue en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration — La constitutionnalité de l'art. 29(3) est en litige — Puisque l'arbitre a la «capacité pratique» de décider de la constitutionnalité des dispositions de la Loi sur l'immigration, la Cour en a également la compétence.

Contrôle judiciaire — Demandes de révision — L'arbitre a décidé d'exclure le public de l'enquête tenue en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration — La constitutionnalité de l'art. 29(3) est mise en doute — Les pouvoirs de la Cour sont limités par ceux du tribunal dont la décision est révisée — La révision judiciaire n'apporte aucune réparation pratique à la personne affectée par une loi invalide — Puisqu'il n'existe aucun droit d'appel à l'encontre d'une décision visée à l'art. 29(3), l'arbitre, et par conséquent la Cour, ont compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de la Loi.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Enquête tenue en vertu de la Loi sur l'immigration — Exclusion des médias et du public — La présentation d'une preuve médicale selon laquelle la vie ou la santé du demandeur de statut est menacée par une enquête publique est du ressort d'un tribunal compétent conformément à l'art. 24 de la Charte, et non d'un arbitre.

This was an application to review the Adjudicator's decision to exclude the public from an inquiry under *Immigration Act*, subsection 29(3) because an open inquiry could be too stressful for the subject, who had been detained on a Lieutenant Governor's Warrant after acquittal of homicide on grounds of insanity. Subsection 29(3) provides that inquiries shall be *in camera* unless the adjudicator is satisfied that conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the refugee and his relatives would not be adversely affected if the inquiry were conducted in public. The Adjudicator's decision was made prior to the Federal Court of Appeal's declaration in *McVey* that subsection 29(3) was unconstitutional, although operation of that decision was suspended for one year to "preserve the rule of law".

The Supreme Court of Canada has recently held that an administrative tribunal whose decisions are subject to appeal on questions of law does not have jurisdiction to determine Charter issues, and that consequently this Court does not have jurisdiction to determine the constitutional question in section 28 proceedings.

Two issues were raised by this application: (1) whether the Adjudicator had the power to decide the Charter issue and, consequently, whether this Court has jurisdiction to review such decision; and (2) how subsection 29(3) can continue to operate so as to give effect to its object (protection of refugees and their relatives from the possible consequences of publicity of the claim and testimony in the claimant's country of origin) while protecting the Charter rights which it infringes.

Held, the application should be allowed.

(1) The *Immigration Act* vests an adjudicator with the "practical capability" to decide questions of law, including questions touching the application and supremacy of the Charter and nothing in the Act indicates any intention to the contrary. Any other conclusion would result in the wholesale denial of effective Charter remedies in that, while there is a right of appeal from certain adjudicators' decisions on questions of law, others are not subject to appeal. Indeed, decisions under subsection 29(3) are not appealable. That any of these unappealable decisions may be subject to judicial review does not provide a useful remedy to the person who suffers from the application of an invalid or inoperative law, since the Court on review is limited by the powers of the tribunal whose decision is being reviewed. The Court consequently has jurisdiction to determine the Charter issue raised by these proceedings.

(2) In order to prevent infringement of the Charter rights of those in situations such as that at bar, guidelines for the interim operation of subsection 29(3) should be set out. The reverse onus provision cannot survive. Anyone seeking an *in camera* hearing must satisfy the presiding officer that the circumstances justify departure from the general rule that all court and quasi-judicial proceedings be open to the public. The likelihood that the life, liberty or security of the claimant or a relative would be endangered if the hearing were held in public and the details became known in his country of origin would have to be demonstrated. The standard of proof need not be

Il s'agit d'une demande de révision d'une décision de l'arbitre d'exclure le public d'une enquête tenue en vertu du paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* au motif qu'une enquête publique risquerait de causer un trop grand stress à l'intéressé qui a été détenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur après avoir été acquitté d'une accusation d'homicide pour cause d'aliénation mentale. Le paragraphe 29(3) prévoit que les enquêtes sont tenues à huis clos sauf s'il est démontré à l'arbitre que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés. La décision de l'arbitre a été rendue avant que la Cour d'appel fédérale ne déclare dans l'arrêt *McVey* que le paragraphe 29(3) est inconstitutionnel, bien que l'effet de cette décision soit suspendu pour une période d'un an afin de «préserver la primauté du droit».

La Cour suprême du Canada a récemment décidé qu'un tribunal administratif dont les décisions sont sujettes à appel sur des questions de droit n'a pas la compétence pour trancher des questions relatives à la Charte, et que, par conséquent, cette Cour n'a pas la compétence pour juger la question constitutionnelle soulevée dans le cadre d'instances introduites en vertu de l'article 28.

Cette demande soulève deux questions: (1) L'arbitre a-t-il le pouvoir de se prononcer sur des questions reliées à la Charte et, par conséquent, cette Cour a-t-elle le pouvoir de réviser une telle décision; (2) dans quelle mesure le paragraphe 29(3) peut-il conserver son effet tout en respectant son objet (la protection des réfugiés et des membres de leur famille contre les conséquences possibles qu'aurait la publicité de la revendication et du témoignage du demandeur de statut dans son pays d'origine) et en protégeant les droits garantis par la Charte qu'il viole?

Arrêt: la demande devrait être accueillie.

(1) La *Loi sur l'immigration* confère à l'arbitre la «capacité pratique» de trancher des questions de droit, notamment des questions relatives à l'application et à la suprématie de la Charte, et rien dans la Loi n'indique une intention contraire. Toute autre conclusion écarterait de façon générale les réparations pratiques prévues par la Charte en ce que, bien qu'il existe un droit d'appel à l'encontre de certaines décisions de l'arbitre sur des questions de droit, d'autres ne sont pas sujettes à appel. Effectivement, les décisions visées au paragraphe 29(3) ne sont pas sujettes à appel. Le fait que ces décisions dont on ne peut appeler puissent être sujettes à un contrôle judiciaire n'apporte aucune réparation pratique à la victime de l'application d'une loi invalide ou inopérante puisque la Cour, dans sa révision, est limitée par les pouvoirs du tribunal dont la décision est révisée. Par conséquent, la Cour est compétente pour statuer sur la question relative à la Charte soulevée dans cette instance.

(2) Afin d'empêcher la violation des droits garantis par la Charte de ceux qui sont dans une situation semblable à celle en l'espèce, des directives doivent être énoncées afin d'appliquer, de façon intérimaire, le paragraphe 29(3). La disposition relative à l'inversion de la charge de la preuve ne peut être maintenue. Quiconque cherche à obtenir la tenue d'une enquête à huis clos doit convaincre l'arbitre que les circonstances justifient de passer outre à la règle générale selon laquelle toutes les instances judiciaires et quasi-judiciaires sont tenues en public. Il faut démontrer la vraisemblance du danger que représenterait l'audience pour la vie, la liberté et la sécurité du deman-

high. Since a request to close the hearing can take place only in the context of a refugee claim, the same test should be applied as for the claim itself i.e. the existence of a "reasonable chance" or "good grounds" to fear danger. The adjudicator may base his opinion on any sources of information which he finds to be credible and trustworthy. Where there is a possibility of danger arising from the publicity of the proceeding to determine whether the hearing should be open to the public, written undertakings to keep confidential certain information until it was determined that the hearing should be open could be required of those present, or some information could be given to the adjudicator in writing and kept sealed pending his determination.

The object of subsection 29(3) is to protect the claimant and his family from danger arising from publicity given to his claim in the country of origin. Stress generated by the presence of the media is not the "adverse effect" protected against by subsection 29(3). Although medical evidence showing that the claimant's life or health would be seriously endangered by a public hearing could not be introduced before an adjudicator under section 29, such remedy might be sought under Charter, section 24 before a court of competent jurisdiction.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 24.

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

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(f), 29(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 99), 32 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 5; (4th Supp.), c. 28, s. 14), 46.02 (as enacted *idem.*), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 8; (4th Supp.), c. 28, ss. 18, 35; c. 29, s. 6), 99, 103 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27), 112.

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

Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1991] 2 F.C. 327 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Tétreault-Gadoury v. Canada Employment and Immigration Commission (1991), 91 CLLC 14,023 (S.C.C.).

deur de statut ou d'un membre de sa famille si elle était tenue en public et si ses détails étaient dévoilés dans le pays d'origine du demandeur. La norme de preuve n'a pas à être élevée. Puisque la demande visant à tenir l'audience à huis clos ne peut être présentée que dans un contexte d'une revendication du statut de réfugié, le test appliqué devrait être le même que pour la revendication elle-même, soit l'existence de la «possibilité raisonnable» d'un danger ou d'une crainte éprouvée «avec raison». L'arbitre peut fonder son opinion sur toute source de renseignements qu'il juge crédible et digne de foi. Si une possibilité de danger découle de la publicité de l'instance où il est décidé si l'audience sera tenue en public, on pourrait exiger des personnes présentes qu'elles prennent l'engagement écrit de ne pas révéler certains renseignements tant que l'on n'aura pas statué en faveur d'une audition publique, ou certains renseignements pourraient être fournis par écrit à l'arbitre et gardés hors d'atteinte du public jusqu'à ce qu'une décision soit prise.

L'objectif du paragraphe 29(3) est de protéger le demandeur de statut et sa famille contre le danger entraîné par la publicité faite à la demande dans le pays d'origine. Le stress causé par la présence des médias d'information ne constitue pas le «préjudice» contre lequel le paragraphe 29(3) protège. Bien qu'une preuve médicale démontrant que la vie ou la santé du demandeur de statut seraient sérieusement menacées s'il y avait audition publique ne puisse être présentée à l'arbitre en vertu de l'article 29, une telle réparation pourrait être recherchée en vertu de l'article 24 de la Charte devant un tribunal compétent.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 24.

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

Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1.

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

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 3f), 29(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 31, art. 99), 32 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 30, art. 5; (4^e suppl.), chap. 28, art. 11, 36), 45 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14), 46.02 (édicte, *idem.*), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 30, art. 8; (4^e suppl.), chap. 28, art. 18, 35; chap. 29, art. 6), 99, 103 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 27), 112.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1991] 2 C.F. 327 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Tétreault-Gadoury c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (1991), 91 CLLC 14,023 (C.S.C.).

CONSIDERED:

Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.).

a

DÉCISION EXAMINÉE:

Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 2 C.F. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.).

COUNSEL:

James H. Gillis and M. Ian Savage for applicants. b

Myra J. Yuzak for Minister of Employment and Immigration and Attorney General of Canada. c

William J. Wardell for Lyle Moffatt.

AVOCATS:

James H. Gillis et M. Ian Savage pour les requérants.

Myra J. Yuzak pour le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le procureur général du Canada.

William J. Wardell pour Lyle Moffatt.

SOLICITORS:

MacDermid Lamarsh, Saskatoon, Saskatchewan, for applicants. d

Deputy Attorney General of Canada for Minister of Employment and Immigration and Attorney General of Canada. e

Wardell & Worme, Saskatoon, Saskatchewan, for Lyle Moffatt. f

PROCUREURS:

MacDermid Lamarsh, Saskatoon (Saskatchewan), pour les requérants.

Le sous-procureur général du Canada pour le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le procureur général du Canada.

Wardell & Worme, Saskatoon (Saskatchewan), pour Lyle Moffatt. g

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

HUGESSEN J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application seeks to review and set aside a decision by an Adjudicator presiding at an inquiry under the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. The subject of the inquiry was one Ziatden Boughanmi who had been charged with homicide and acquitted on grounds of insanity in October of 1990. At the time the inquiry commenced and today Mr. Boughanmi was and is detained on a Lieutenant Governor's Warrant in the Regional Psychiatric Centre in Saskatoon, a maximum security facility. By the decision under attack the adjudicator purported to apply subsection 29(3) [as am. by R.S.C., 1985

g

h

i

j

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: La présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] cherche à faire réviser et annuler une décision rendue par un arbitre présidant une enquête en vertu de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2]. La personne faisant l'objet de l'enquête, un certain Ziatden Boughanmi, a été accusée d'homicide et acquittée pour cause d'aliénation mentale en octobre 1990. Au moment où l'enquête a débuté, M. Boughanmi était détenu, et l'est toujours, en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, au Regional Psychiatric Centre de Saskatoon, établissement à sécurité maximale. Dans la décision attaquée, l'arbitre a prétendu appliquer le paragraphe 29(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 31, art.

(1st Supp.), c. 31, s. 99] of the *Immigration Act*¹ and to exclude members of the press and public who wished to be present at the inquiry. The applicants, representatives of the media, are among those excluded.

The Adjudicator's decision was given on March 6, 1991 prior to the delivery of the judgment of this Court in *McVey*.² In *McVey*, the Court held subsection 29(3) to be invalid and contrary to paragraph 2(b) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The Court, however, suspended the operation of the *McVey* decision for one year "to preserve the rule of the law in this area". The Court also commented on the interpretation of subsection 29(3), and those comments, as well as the Charter ruling, were not, of course, available to the Adjudicator in this case. It is quite clear that the decision under attack cannot be reconciled with *McVey*.

A threshold question as to the power of the adjudicator to decide Charter issues and, consequently, the power of this Court to review those decisions, arises as a result of the recent judgment of the Supreme Court of Canada in *Tétreault-Gadoury*.³ In that case the Supreme Court found that the Board of Referees, established pursuant to the *Unemployment Insurance Act* [R.S.C., 1985, c. U-1], did not have jurisdiction to determine a Charter issue and that, as a result, this Court also lacked jurisdiction to determine the constitutional

¹ 29. ...

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera* unless it is established to the satisfaction of the adjudicator, on application by a member of the public, that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

² *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 2 F.C. 327 (C.A.), hereinafter "*McVey*".

³ *Tétreault-Gadoury v. Canada Employment and Immigration Commission* (1991), 91 CLLC 14,023 (S.C.C.), hereinafter "*Tétreault-Gadoury*".

99] de la *Loi sur l'immigration*¹ et a refusé l'entrée aux membres de la presse et au public qui souhaitaient être présents à l'enquête. Les requérants, représentants des médias, sont parmi ceux qui ont été exclus.

L'arbitre a rendu sa décision le 6 mars 1991, avant que le jugement de cette Cour dans l'affaire *McVey*² ne soit prononcé. La Cour y a conclu que le paragraphe 29(3) était inopérant et contraire à l'alinéa 2b) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Toutefois, elle a suspendu l'effet de sa décision pour une période d'un an, «la primauté du droit devant être préservée dans ce domaine». La Cour a également fait des commentaires sur l'interprétation du paragraphe 29(3), et ces commentaires, de même que la décision relative à la Charte, n'étaient évidemment pas disponibles pour l'arbitre dans la présente cause. De toute évidence, la décision attaquée ne saurait se concilier avec l'arrêt *McVey*.

Une question préliminaire portant sur le pouvoir de l'arbitre de décider sur des questions reliées à la Charte et, par conséquent, sur le pouvoir de cette Cour de réviser ces décisions découle du jugement récent rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*.³ La Cour suprême y a conclu que le Conseil arbitral, constitué sous le régime de la *Loi sur l'assurance-chômage* [L.R.C. (1985), chap. U-1], n'avait pas compétence pour trancher une question reliée à la Charte et, conséquemment, que la présente Cour n'avait pas juridiction pour juger la question constitutionnelle soulevée dans le cadre d'instances introduites en

¹ 29. ...

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, quelqu'un lui en ayant fait la demande, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés.

² *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 C.F. 327 (C.A.), ci-après "*McVey*".

³ *Tétreault-Gadoury c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada* (1991), 91 CLLC 14,023 (C.S.C.), ci-après "*Tétreault-Gadoury*".

question in section 28 proceedings taken directly against the Board of Referees.

The issue, thus, is whether an adjudicator under the *Immigration Act* falls into that category of administrative tribunal which, having power to determine questions of law, should be found to be competent to apply the supreme law of the land, at least to the extent of determining whether or not some other legislative provision is inconsistent with it and therefore of no force or effect.

The *Immigration Act* gives to the adjudicator extensive powers to decide important questions of law and of fact. Specific reference may be made to section 32 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 5; (4th Supp.), c. 28, ss. 11, 36] (decisions as to who shall be permitted to remain in the country and, if not permitted, as to how and when they should be obliged to leave), section 46.02 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] (decisions as to who is eligible to make a refugee claim and, if eligible, as to whether such claim has a credible basis) and section 103 [as am. *idem*, s. 27] (decisions as to detention) but there are many others as well. Indeed the very decision here under attack is specifically required to be made by the adjudicator and raises important issues of publicity of hearings, freedom of the press and fundamental justice. In addition the adjudicator is, by section 45 [as am. *idem*, s. 14], the presiding officer at the first stage or screening inquiry for all refugee claimants. It is not without significance that the other member of the tribunal over which the adjudicator presides is a member of the Immigration and Refugee Board. The adjudicator is also vested by section 112 with all the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act* [R.S.C., 1985, c. I-11].

Many of the decisions which an adjudicator is called upon to make, alone or together with a member of the Board, are of critical importance to the persons concerned and can have significant impact on rights which are protected and guaranteed by the Charter. Indeed, all decisions relating to persons seeking admission to Canada are specifically required to be made in accordance

vertu de l'article 28 et dirigées directement à l'encontre du Conseil arbitral.

La question consiste donc à déterminer si un arbitre nommé en vertu de la *Loi sur l'immigration* constitue un tribunal administratif qui, compte tenu de son pouvoir de juger des questions de droit, devrait être habilité à appliquer la loi suprême du pays, tout au moins pour déterminer si une disposition législative lui est incompatible et est, par conséquent, inopérante.

La *Loi sur l'immigration* confère à l'arbitre de vastes pouvoirs lui permettant de trancher des questions de droit et de fait importantes. Les articles 32 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 30, art 5; (4^e suppl.), chap. 28, art. 11, 36] (décisions portant sur le choix des personnes autorisées à demeurer au pays et sur la façon dont celles qui ne sont pas admissibles doivent partir et le moment où elles doivent le faire), 46.02 [édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14] (décisions relatives à la recevabilité d'une revendication du statut de réfugié et, le cas échéant, décisions portant sur le minimum de fondement d'une telle revendication) et 103 [mod., *idem*, art. 27] (décisions relatives à la garde) n'en sont que quelques exemples. En fait, l'arbitre a le devoir explicite de rendre la décision même que l'on tente de faire annuler en l'espèce et qui soulève d'importantes questions de publicité des audiences, de liberté de la presse et de justice fondamentale. En outre, en vertu de l'article 45 [mod., *idem*, art. 14], l'arbitre préside l'enquête de première étape, l'étape de présélection, pour toutes les personnes revendiquant le statut de réfugié. Le fait que la deuxième personne siégeant au tribunal que l'arbitre préside soit membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié n'est pas sans importance. De plus, aux termes de l'article 112, l'arbitre est investi des attributions des commissaires nommés en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* [L.R.C. (1985), chap. I-11].

Plusieurs des décisions que l'arbitre est appelé à rendre, seul ou avec un membre de la Commission, sont d'une importance capitale pour les personnes intéressées et peuvent avoir un impact important sur les droits protégés et garantis par la Charte. En effet, toutes les décisions relatives aux personnes sollicitant leur admission au Canada doivent expressément être rendues en conformité avec la

with the Charter (see paragraph 3(f)). In those circumstances, I think that it is reasonable to conclude that an adjudicator is vested with the "practical capability" to decide questions of law including questions touching the application and supremacy of the Charter.

As I understand the decision in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, however, the critical element in the Court's decision that the Board of Referees was not empowered to determine Charter issues was the existence of a right of appeal from the Board of Referees to the Umpire, a Tribunal manifestly competent and capable of dealing with such issues. La Forest J. speaking for the majority said [at page 14,027]:

... notwithstanding the practical capability of the Board of Referees, the particular scheme set up by the legislature in the *Unemployment Insurance Act, 1971* contemplates that the constitutional question should more appropriately have been presented to the umpire, on appeal, rather than to the Board itself.

and again [at page 14,028]:

... where, as here, the legislature has provided the litigant with the possibility of an administrative appeal before a body which has the power to consider the constitutional arguments, the need for a determination of the constitutional issue by the tribunal of original jurisdiction is clearly not as great. In such a situation, the advantages of dealing with the constitutional question within the administrative process are still preserved for the litigant.

The scheme of the *Immigration Act* is not as straight-forward as that of the *Unemployment Insurance Act* in the system of administrative tribunals which it establishes. All decisions of the Board of Referees may be appealed to the Umpire on questions of law and the latter has full power to decide such questions. That is not the case with regard to decisions of the adjudicator. It is true that section 70 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 8; (4th Supp.), c. 28, ss. 18, 35; c. 29, s. 6] of the Act gives a right of appeal on questions of law, and that the Board, to which such appeals are taken, is a court of record with both jurisdiction and capability to decide them. The complicating factor flows from the fact that an appeal can be had only against certain, but not all, removal orders pronounced by an adjudicator; the existence of the right of appeal depends not so

Charte (voir l'alinéa 3f)). Compte tenu de ces circonstances, je crois qu'il est raisonnable de conclure que l'arbitre a la «capacité pratique» de rendre des décisions sur des questions de droit, notamment sur les questions relatives à l'application et à la suprématie de la Charte.

À mon avis, toutefois, la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Tétreault-Gadoury*, précitée, selon laquelle le Conseil arbitral n'a pas le pouvoir de décider des questions relatives à la Charte, avait comme élément décisif l'existence du droit d'interjeter appel d'une décision du Conseil arbitral devant un juge-arbitre, tribunal manifestement capable de trancher de telles questions et compétent pour le faire. Le juge La Forest, se prononçant au nom de la majorité, a déclaré [à la page 14,027]:

... en dépit de la capacité pratique du conseil arbitral, il découle de l'économie de la *Loi sur l'assurance-chômage* qu'il convient davantage de présenter la question constitutionnelle au juge-arbitre, en appel, plutôt qu'au conseil lui-même.

e et également [à la page 14,028]:

... lorsque, comme en l'espèce, le législateur a donné au justiciable la possibilité d'interjeter appel devant un organisme administratif investi du pouvoir de prendre en considération des arguments d'ordre constitutionnel, le besoin de faire trancher la question constitutionnelle par le tribunal de premier ressort n'est manifestement pas aussi grand. En pareil cas en effet, les justiciables jouissent toujours des avantages que présente la résolution de la question constitutionnelle à l'intérieur du processus administratif.

L'économie de la *Loi sur l'immigration* n'est pas aussi explicite que celle de la *Loi sur l'assurance-chômage* à l'égard des tribunaux administratifs qu'elle constitue. Toutes les décisions du Conseil arbitral sont sujettes à appel devant le juge-arbitre sur des questions de droit, et ce dernier possède tous les pouvoirs nécessaires d'en décider. La situation est différente pour les décisions de l'arbitre. L'article 70 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 30, art. 8; (4^e suppl.), chap. 28, art. 18, 35; chap. 29, art. 6] prévoit, il est vrai, un droit d'appel portant sur des questions de droit, et la Commission, qui entend ces appels, est un tribunal d'archives possédant la compétence et la capacité d'en décider. Mais la situation se complique par le fait qu'un appel ne peut être interjeté qu'à l'encontre d'un nombre limité de mesures de renvoi prononcées par un arbitre; l'existence du droit d'appel

much on the nature of the order made as on the status of the person against whom it is made. Thus, for anyone who has not been granted status as a permanent resident or a Convention refugee or who does not hold a valid visa (and such persons must constitute the vast majority of persons who are removed from Canada) there is no right of appeal at all. Equally, when a first-stage tribunal presided over by an adjudicator makes a decision unfavourable to a refugee claimant, a decision whose consequences and possible Charter impact may be immense, there is no right of appeal. Detention decisions although limited in duration are also not subject to appeal. Indeed, decisions under subsection 29(3), such as the one in issue here, are themselves not appealable and their impact on Charter rights needs no demonstration.

As was made manifest by the result in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, the fact that any of these unappealable decisions may be subject to judicial review under section 28 or otherwise does not provide a useful remedy to the person who suffers from the application of an invalid or inoperative law, since the Court on review is limited by the powers of the tribunal whose decision is being reviewed.

Since, as I have already indicated, the adjudicator has the practical capability to decide Charter issues, it is my view that, on the reading of the whole legislative scheme, there is nothing in the *Immigration Act* to indicate any intention to preclude him from having and exercising the power to find a legislative provision inconsistent with the Charter. Not only does this seem to accord with the economy of the legislation; any other conclusion would result in the wholesale denial of effective Charter remedies. It follows that in my opinion we have jurisdiction to determine the Charter issue raised by these proceedings.

As I have indicated, the Court in *McVey*, while finding subsection 29(3) to be inconsistent with the Charter and therefore inoperative, went on to suspend the effect of that declaration for one year. The Court identified the legislative objective of the provision as being the protection of refugees and

ne dépend pas tant de la nature de la mesure que du statut de la personne en faisant l'objet. Ainsi, il n'existe aucun droit d'appel pour les personnes qui n'ont pas reçu le statut de résident permanent ou de réfugié au sens de la Convention ou qui ne détiennent pas un visa valide (et elles doivent représenter la vaste majorité des personnes renvoyées du Canada). De même, lorsqu'un tribunal de première étape présidé par un arbitre rend une décision défavorable à un demandeur de statut de réfugié, décision dont les conséquences et l'impact possible sur les droits garantis par la Charte peuvent être énormes, il n'existe aucun droit d'appel. Les décisions relatives à la garde, bien que limitées en temps, ne sont pas sujettes à appel non plus. En fait, les décisions visées au paragraphe 29(3), dont celle attaquée en l'espèce, ne sont pas sujettes à appel et il est inutile de démontrer l'impact qu'elles peuvent avoir sur les droits garantis par la Charte.

Comme l'a clairement démontré l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, le fait que ces décisions dont on ne peut appeler puissent tout de même être sujettes à une révision judiciaire en vertu, entre autres, de l'article 28, n'apporte aucune réparation pratique à la victime de l'application d'une loi invalide et inopérante puisque la Cour, dans sa révision, est limitée par les pouvoirs du tribunal dont la décision est révisée.

Puisque, comme je l'ai déjà remarqué, l'arbitre a la capacité pratique de se prononcer sur des questions relatives à la Charte, j'estime que, selon l'interprétation de l'économie d'ensemble de la loi, rien dans la *Loi sur l'immigration* n'indique l'intention d'empêcher l'arbitre d'avoir et d'exercer le pouvoir de juger une disposition législative incompatible avec la Charte. Non seulement cela semble-t-il en accord avec l'économie de la loi, mais toute autre conclusion écarterait de façon générale les réparations pratiques prévues par la Charte. En conséquence, nous sommes, à mon avis, compétents pour statuer sur la question relative à la Charte soulevée dans cette instance.

Comme je l'ai déjà souligné, la Cour, dans l'arrêt *McVey*, a jugé que le paragraphe 29(3) était incompatible avec la Charte et donc inopérant, mais elle a suspendu l'effet de cette conclusion pour une période d'un an. Elle a également constaté que la protection des réfugiés et des mem-

their relatives from the possible consequences of having the claim and the testimony made public in the claimant's country of origin. It is clearly the importance of that objective which moved the Court to leave subsection 29(3) temporarily in effect and to give Parliament another chance to achieve its purpose in a manner compatible with the Charter.

It remains, however, that the present applicants enjoy the same Charter rights as the applicants in *McVey* and are entitled, on a continuing basis, to ask the courts to prevent them from being infringed by the operation of subsection 29(3). No doubt there will be others similarly situated in the coming months. It would seem appropriate, therefore, for us to indicate, on an interim basis, the extent to which the legislation can continue to operate and how its application should be modified in practice so as to give effect as far as possible to its object while at the same time protecting the Charter rights which it infringes. This is especially so in a case such as the present where a refugee claim has been asserted since, unlike *McVey*, that fact clearly engages those interests that have been identified as underlying the provision.

In the first place, I think it clear that the reverse onus provision of subsection 29(3), with its impossible standard of proof, cannot survive, even temporarily. The general rule for all courts and quasi-judicial bodies is that they be open to the public. The natural corollary of that rule is that anyone seeking to have a hearing conducted *in camera* must satisfy the presiding officer that the circumstances are such as to justify departing from it.

Second, given the identified object of the legislation, I think that what must be demonstrated is the likelihood that the claimant or a member of his family would be in danger of life, liberty or security of the person if the hearing were held in public and the details became known in his country of origin.

bres de leur famille contre les conséquences possibles qu'aurait la publicité de la revendication et du témoignage du demandeur de statut dans son pays d'origine constituait l'objectif législatif de la disposition. De toute évidence, l'importance de cet objectif a incité la Cour à laisser le paragraphe 29(3) temporairement en vigueur afin d'accorder au Parlement une chance supplémentaire d'atteindre son but d'une manière qui soit compatible avec la Charte.

Il demeure toutefois que les requérants en l'espèce jouissent des mêmes droits garantis par la Charte que les requérants dans l'affaire *McVey* et qu'ils sont, de façon permanente, en droit de demander aux tribunaux de veiller à ce que ces droits ne soient pas violés par l'application du paragraphe 29(3). Des situations similaires se présenteront sans doute au cours des prochains mois. Il nous semble donc approprié d'indiquer, à titre intérimaire, dans quelle mesure la Loi peut conserver son effet et comment son application doit être modifiée en pratique de sorte que son objet soit, dans la mesure du possible, respecté et que les droits garantis par la Charte qu'elle viole soient protégés. Cela est particulièrement vrai dans le cas où, comme celui qui nous occupe, le statut de réfugié a été revendiqué, puisque, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *McVey*, les intérêts reconnus comme étant le fondement de la disposition y sont mis en cause.

En premier lieu, il m'apparaît évident que l'inversion de la charge de la preuve prévue par le paragraphe 29(3) et imposant une norme de preuve impossible à respecter ne peut être maintenue, même temporairement. La règle générale qui régit tous les tribunaux et organismes quasi judiciaires est leur accessibilité au public. Cette règle implique que quiconque cherche à obtenir la tenue d'une enquête à huis clos doit convaincre l'arbitre que les circonstances justifient d'y passer outre.

En deuxième lieu, compte tenu de l'objectif reconnu de la Loi, je crois que ce qu'on doit démontrer, c'est la vraisemblance du danger que représenterait l'audience pour la vie, la liberté et la sécurité du demandeur du statut de réfugié ou d'un membre de sa famille si elle était tenue en public et si ses détails étaient dévoilés dans le pays d'origine du demandeur.

The standard of proof need not be high, however. Since the request to close the hearing can only take place in the context of a refugee claim, actual or anticipated, it would seem appropriate to apply the same test as for the claim itself. In *Adjei*,⁴ this Court identified that test as being the existence of a "reasonable chance" or "good grounds" to fear danger. As in other proceedings before him, the adjudicator may base his opinion on any sources of information which he finds to be credible and trustworthy.

Next there is the difficult question of the publicity of the very proceeding in which it is determined whether or not the hearing is to be open to the public. There will be some circumstances in which the mere fact of asserting danger to the claimant and his family will itself be a source of danger. I do not think this possibility should be overrated for, as the Court indicated in *McVey*, thousands of refugee claimants address themselves publicly and openly to this Court each year without apparently undue fear of the consequences. That said, however, the danger may be there and the problem must be faced. The Court in *McVey* commented on the adjudicator's lack of power to make an order prohibiting publication of some or all of the proceedings. I think, however, that with a little ingenuity other means may be found of protecting truly sensitive information. Persons present at the hearing could be required to give an undertaking (perhaps in writing) not to reveal certain information unless and until it was determined that the hearing should be open. As well, or alternatively, some information could be given to the adjudicator in writing and kept sealed from the public eye pending such determination. There may be other possibilities as well.

Finally, I should say a word about the reasons assigned by the Adjudicator in the present case for refusing access to the inquiry. He said:

The concerns that I have are that Immigration proceedings themselves can prove to be very stressful upon an individual.

⁴ *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.).

Néanmoins, la norme de preuve n'a pas à être élevée. Puisque la demande visant à tenir l'audience à huis clos ne peut être présentée que dans un contexte d'une revendication du statut de réfugié, présente ou éventuelle, il semblerait approprié d'appliquer le même test que pour la revendication elle-même. Dans l'arrêt *Adjei*⁴, cette Cour a déclaré que le test consistait en l'existence de la «possibilité raisonnable» d'un danger ou d'une crainte éprouvée «avec raison». Comme dans les autres instances introduites devant lui, l'arbitre peut fonder son opinion sur toute source de renseignements qu'il juge crédible et digne de foi.

Vient ensuite la question épineuse de la publicité de l'instance même où il est décidé si l'audience sera tenue en public. Dans certaines circonstances, le simple fait d'invoquer le danger pour le demandeur de statut et pour les membres de sa famille constitue en soi une source de danger. À mon avis, on ne devrait pas surestimer cette possibilité puisque, comme la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *McVey*, à chaque année des milliers de demandeurs de statut de réfugié s'adressent publiquement à cette Cour apparemment sans crainte induite des conséquences. Ceci étant dit, cependant, le danger peut se présenter et la difficulté doit être envisagée. Dans *McVey*, la Cour a commenté l'incapacité de l'arbitre de rendre une ordonnance interdisant la publication des procédures, en tout ou en partie. Je crois toutefois qu'avec un peu d'ingéniosité, il est possible de concevoir différents moyens de mettre à l'abri les renseignements véritablement compromettants. Les personnes présentes à l'audition pourraient être obligées de prendre l'engagement (peut-être écrit) de ne pas révéler certains renseignements tant que l'on n'aura pas statué en faveur d'une audition publique, le cas échéant. En outre, ou subsidiairement, certains renseignements pourraient être fournis par écrit à l'arbitre et gardés hors d'atteinte du public jusqu'à ce qu'une telle décision soit prise. Il peut y avoir d'autres possibilités.

En dernier lieu, j'aimerais me prononcer sur les motifs pour lesquels l'arbitre dans la présente affaire a prononcé le huis-clos à l'enquête. Il a dit:

[TRADUCTION] Si je suis préoccupé, c'est que les procédures en matière d'immigration peuvent se révéler très éprouvantes pour

⁴ *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.).

The *Immigration Act* sets out that there are two conditions upon which the Adjudicator could exclude observers. The first one is that conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry, and in this case, I don't believe that the presence of the individual members of the media would impede the inquiry, as such, but it doesn't stop there. I must also look at the second part, that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any members of that person's family would not be adversely effected [*sic*] if the inquiry were to be conducted in public, and in this case, I think I can deal directly with the person concerned himself, that because of the nature of the institution that he is in, and because of the fact that although it's been limited, I have heard that he is undergoing treatment, and because I am satisfied that an Immigration inquiry could, under conditions, prove to be stressful on the individual, and could exasperate [*sic*] his medical condition or his psychiatric condition, whatever that may be, and in the interests of the person concerned, and because I feel that by the presence of observers, members of the media, which he is opposed to, that he may, in fact, be adversely effected [*sic*] if the members of the media were allowed to remain, and for that reason, gentlemen, I'm going to have to exclude you from the proceedings.

That reasoning clearly cannot stand in the face of *McVey*, where MacGuigan J.A. speaking for the Court said [at page 352]:

In my opinion "stress generated by the presence of the news media," whatever its effect on the health of the participants in the proceeding, is insufficient in law to constitute adverse effect as set out in subsection 29(3). If the effect on the refugee claimant's health was such that he could not be present at the inquiry, then the Adjudicator would have the traditional option of adjournment, but that is not the case here.

I am in full agreement with that statement which follows logically from the identified object of subsection 29(3), namely the protection of the claimant and his family from danger arising from publicity given to the claim in the country of origin. I would not however want to exclude the possibility, perhaps remote, that a claimant might introduce medical evidence to show that his life or health would be seriously endangered by a public hearing. Such a situation would be quite outside the legislative scheme of section 29 and beyond the powers of the adjudicator; the remedy, if any, would be under section 24 of the Charter and could only be given by a court of competent jurisdiction.

For these reasons I would allow the section 28 application, set aside the Adjudicator's decision and remit the matter to the Adjudicator to be decided in a manner not inconsistent with these reasons.

les intéressés. La *Loi sur l'immigration* prévoit deux motifs pour lesquels l'arbitre peut exclure le public. Premièrement, la tenue en public de l'enquête entraverait cette dernière; dans le présent cas, je ne crois pas que la présence des représentants des médias aurait cet effet, mais ce n'est pas tout. Je dois également examiner le second motif, savoir que l'intéressé et les membres de sa famille se trouveraient lésés si l'enquête était tenue en public. Dans le présent cas, je crois pouvoir traiter directement de l'intéressé lui-même; compte tenu de l'institution dans laquelle il se trouve, du fait que, même s'il est limité, on m'a dit qu'il subissait un traitement, étant donné également ma conviction qu'une enquête pourrait, dans ces conditions, être pénible pour l'intéressé et risquerait d'empirer son état de santé ou son état psychiatrique, quel qu'il soit, dans l'intérêt de ce dernier et aussi parce que je crois que la présence des observateurs, représentants des médias, à laquelle il s'oppose, pourrait lui causer du tort, je vais devoir, messieurs, vous exclure des procédures.

Ce raisonnement est, de toute évidence, écarté par l'arrêt *McVey*, où le juge MacGuigan, J.C.A., se prononçant au nom de la Cour, a déclaré [à la page 352]:

À mon avis, le «stress causé par la présence des médias d'information», quel que soit son effet sur la santé des participants à la procédure, ne suffit pas en droit pour constituer un préjudice au sens du paragraphe 29(3). Si l'effet sur la santé du demandeur de statut de réfugié était tel qu'il ne pourrait assister à l'enquête, l'arbitre aurait l'option traditionnelle de l'ajourner, mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

Je suis entièrement d'accord avec cette déclaration qui découle logiquement de l'objectif du paragraphe 29(3), à savoir la protection du demandeur et de sa famille contre le danger entraîné par la publicité faite à la demande dans le pays d'origine. Je ne saurais toutefois exclure la possibilité, peut-être éloignée, qu'un demandeur de statut de réfugié puisse présenter une preuve médicale afin de démontrer que sa vie ou sa santé seraient sérieusement menacées s'il y avait audition publique. Une telle situation n'entrerait aucunement dans le cadre législatif de l'article 29 et serait exorbitante des pouvoirs de l'arbitre; la réparation, s'il y en a, relèverait de l'article 24 de la Charte et ne pourrait être accordée que par un tribunal compétent.

Pour ces motifs, j'accueillerais cette demande fondée sur l'article 28, j'annulerais la décision de l'arbitre et je lui renverrais l'affaire afin qu'il en décide d'une manière conforme aux présents motifs.

STONE J.A.: I agree.

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

DÉCARY J.A.: I agree.

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