

T-163-91

T-163-91

Mahadri Jaipaul Singh (Applicant)**Mahadri Jaipaul Singh (requérante)**

v.

c.

The Minister of Employment and Immigration (Respondent)**a Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: SINGH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)****b RÉPERTORIÉ: SINGH c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, January 28; Ottawa, July 3, 1991.

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 28 janvier; Ottawa, 3 juillet 1991.

Immigration — Pratique — Applicant seeking to raise preliminary jurisdictional issue at commencement of Immigration Act, s. 46 inquiry — Decision to proceed with inquiry before deciding constitutional issue based on Immigration Regulations, s. 34 power to permit evidence to be adduced in manner adjudicator deeming appropriate having regard to all circumstances — Decision procedural, within Tribunal's competence and not subject to s. 18 review — Outside Tribunal's jurisdiction to declare Immigration Act, ss. 46 et seq. unconstitutional — Appropriate to proceed to full factual determination necessary to discharge mandate under Immigration Act.

c Immigration — Pratique — La requérante cherche à soulever une question préliminaire de compétence au commencement d'une audience fondée sur l'art. 46 de la Loi sur l'immigration — Décision de procéder à l'enquête avant de trancher la question constitutionnelle fondée sur l'art. 34 du Règlement qui autorise la production de preuves de la manière que l'arbitre juge convenable eu égard à toutes les circonstances — d Décision procédurale ressortissant au tribunal et non soumise au contrôle judiciaire prévu à l'art. 18 — Le tribunal n'a pas la compétence voulue pour déclarer inconstitutionnels les art. 46 et suiv. de la Loi sur l'immigration — Le tribunal doit procéder à toute l'analyse factuelle qui lui permettra de s'acquitter de son mandat en vertu de la Loi sur l'immigration. e

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Preliminary jurisdictional issue raised at commencement of Immigration Act, s. 46 inquiry — Alleging unreasonable delay in processing Convention refugee claim violation of Charter, s. 7 right to fair hearing — Tribunal deciding to continue inquiry — In Askov S.C.C. setting out factors to be considered in deciding whether breach of Charter, s. 11(b) (right to trial within reasonable time) and indicating six-to-eight month delay generally acceptable — Charter infringement not simply question of delay or of right to fair trial — Each case considered in light of all factors (including explanation for delay and prejudice to applicant) set out in Askov — Constitutional issues not to be decided in factual vacuum.

f Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Question préliminaire de compétence soulevée au commencement d'une audience fondée sur l'art. 46 de la Loi sur l'immigration — Allégation que le délai abusif à traiter de la demande de statut de réfugié viole le droit à un procès équitable reconnu à l'art. 7 — Décision de continuer l'enquête — Dans Askov, la C.S.C. a énoncé les facteurs dont il faut tenir compte pour décider s'il y a eu violation de l'art. 11b) de la Charte (droit d'être jugé dans un délai raisonnable) et indiqué qu'un délai de six à huit mois est généralement acceptable — g La violation de la Charte n'est pas simplement une question de délai ou de procès équitable — Chaque cas doit être considéré en fonction de tous les facteurs (y compris l'explication du délai et du préjudice subi par le requérant) énumérés dans Askov — Les questions constitutionnelles ne doivent pas être h tranchées sans égard aux faits.

This was an application for leave to commence a proceeding under *Federal Court Act*, section 18 to quash the decision of a Tribunal, consisting of an immigration adjudicator and a member of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board, to proceed with an inquiry under *Immigration Act*, sections 46 et seq. prior to receiving evidence on constitutional arguments challenging its jurisdiction to proceed with the hearing. At the commencement of the inquiry, applicant's counsel indicated an intention to establish that the applicant's right to a fair hearing under Charter, section 7 had been violated by the unreasonable delay in processing the Convention refugee claim and that *Immigration Act*, section 46 should not be applied. The decision to proceed with the inquiry and then deal with the

i Il s'agit d'une demande d'autorisation d'introduire une instance aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue de l'annulation de la décision d'un tribunal composé d'un arbitre de l'immigration et d'un membre de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, indiquant qu'il allait procéder à une enquête en vertu des articles 46 et suivants de la *Loi sur l'immigration* avant de recevoir des éléments de preuve sur des arguments constitutionnels contestant sa compétence de procéder à l'audition. Au début de l'enquête, l'avocate de la requérante a indiqué son intention d'établir qu'il y avait eu violation du droit de la requérante à une audition impartiale reconnu à l'article 7 de la Charte compte tenu du délai déraisonnable qu'il y

constitutional issues was based on an adjudicator's power under *Immigration Regulations, 1978*, section 34 to require or permit evidence to be adduced in such manner as he deems appropriate, having regard to the circumstances. The applicant submitted that the Tribunal had erred in law by refusing to consider preliminary jurisdictional issues and by failing to comply with principles of fundamental justice when it applied section 32. It was argued that section 34 authorized an adjudicator to direct the conduct of the inquiry, not the manner in which a preliminary jurisdictional issue is raised. Because the constitutional issues deal with whether the applicant can have a fair hearing, they must be determined before the Tribunal embarks upon the inquiry. The respondent argued that the applicant had not challenged the constitutional validity of any section of the *Immigration Act* and the decision as to the order in which the evidence would be heard was purely procedural.

Held, the application should be dismissed.

The request to suspend the inquiry was essentially based on *R. v. Askov*, wherein the Supreme Court of Canada set out the factors to be considered in determining whether there has been an infringement of the Charter, paragraph 11(b) right to be tried within a reasonable time. Those factors included the length of and explanation for delay, waiver and prejudice to the accused. Generally, a delay of six to eight months was considered acceptable. Subsequent cases have indicated that infringement is not simply a question of delay or of an accused's right to a fair trial. Each case must be considered in light of all the factors set out in *Askov*.

The decision was not subject to review under *Federal Court Act*, section 18 because it was entirely procedural and within the Tribunal's competence.

The Tribunal was not a court of competent jurisdiction and could not declare *Immigration Act*, sections 46 et seq. unconstitutional as contrary to the Charter. In any event, it was appropriate for the Tribunal to proceed to the full factual determination necessary to discharge its mandate under the *Immigration Act*. Constitutional issues cannot be decided in a factual vacuum. The Tribunal must consider whether the delay was attributable to the applicant or solely to the administration of the process at issue, and whether and to what extent the applicant's rights had been prejudiced by the delay. Finally, it is sometimes practical to determine the merits of a case at the same time as the constitutional validity of a provision because a favourable adjudication on the merits may obviate the necessity of a protracted constitutional proceeding.

a eu dans l'examen de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, et que l'article 46 de la *Loi sur l'immigration* ne devrait pas recevoir application. La décision de procéder à l'enquête et d'examiner ensuite les questions constitutionnelles était fondée sur le pouvoir que l'article 34 du *Règlement de 1978 sur l'immigration* reconnaît à un arbitre d'exiger ou de permettre que des preuves soient produites à l'enquête de la manière qu'il juge convenable eu égard aux circonstances. La requérante a soutenu que le tribunal avait commis une erreur de droit en refusant d'examiner les questions préliminaires de compétence et en omettant de se conformer aux principes de justice fondamentale quand il a appliqué l'article 32. On a soutenu que l'article 34 autorise l'arbitre à ordonner la tenue de l'enquête et non à ordonner la manière dont une question préliminaire de compétence peut être soulevée. Puisque les questions constitutionnelles touchent la question de savoir si la requérante peut bénéficier d'une audition impartiale, elles doivent être tranchées avant que le tribunal ne procède à l'enquête. L'intimé a affirmé que la requérante n'avait contesté la validité constitutionnelle d'aucun article de la *Loi sur l'immigration* et que la décision quant à l'ordre dans lequel le tribunal entendrait la preuve était de nature purement procédurale.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

La demande de suspension de l'enquête est fondée essentiellement sur l'arrêt *R. c. Askov* dans lequel la Cour suprême du Canada a énoncé les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable reconnu à l'alinéa 11(b) de la Charte. Ces facteurs comprennent la longueur du délai et l'explication du délai, la renonciation et le préjudice subi par l'accusé. De façon générale, un délai de six à huit mois a été considéré comme acceptable. Des décisions subséquentes ont indiqué que la violation n'est pas simplement une question de délai ou simplement une question du droit d'un accusé à un procès équitable. Chaque cas doit être analysé en fonction de tous les facteurs énumérés dans l'arrêt *Askov*.

La décision ne peut pas faire l'objet d'une révision en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* parce qu'elle est essentiellement une décision procédurale qui relève entièrement de la compétence du tribunal.

Le tribunal n'est pas un tribunal compétent et ne peut déclarer les articles 46 et suivants de la *Loi sur l'immigration* inconstitutionnels parce que contraires à la Charte. Quoi qu'il en soit, le tribunal doit procéder à toute l'analyse factuelle qui lui permettra de s'acquitter de son mandat en vertu de la *Loi sur l'immigration*. Les questions constitutionnelles ne peuvent pas être tranchées sans égard aux faits. Le tribunal doit examiner si le délai est imputable à la requérante ou seulement à l'administration des procédures en litige, et si et dans quelle mesure ce délai a porté atteinte aux droits de la requérante. Enfin, il est parfois avantageux de se prononcer sur le fond d'une affaire en même temps que sur la validité constitutionnelle d'une disposition parce qu'une décision favorable quant au fond peut parer à la nécessité d'une très longue poursuite d'ordre constitutionnel.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7. a

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46, 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19). b

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 34. c

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Union Gas Ltd. v. TransCanada PipeLines Ltd., [1974] 2 F.C. 313 (C.A.); *Novopharm Ltd. v. Wyeth Ltd.* (1986), 26 D.L.R. (4th) 80; 8 C.P.R. (3d) 448; 64 N.R. 144 (F.C.A.); *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 CLLC 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Borowski*, [1990] 2 F.C. 728; (1990), 32 F.T.R. 205; 10 Imm. L.R. (2d) 115 (T.D.); *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *R. v. Fortin* (1990), 75 O.R. (2d) 733 (Gen. Div.); *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193; 64 C.C.C. (3d) 449 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.). d

REFERRED TO:

R. v. Mills, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 91 CLLC 14,024; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 91 CLLC 14,023. e

COUNSEL:

Barbara L. Jackman for applicant.
Kevin Lunney for respondent. f

SOLICITORS:

Jackman, Zambelli & Silcoff, Toronto, for applicant. g

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. 7.

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. 52.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46, 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19).

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 34. h

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Union Gas Ltd. c. TransCanada PipeLines Ltd., [1974] 2 C.F. 313 (C.A.); *Novopharm Ltd. c. Wyeth Ltd.* (1986), 26 D.L.R. (4th) 80; 8 C.P.R. (3d) 448; 64 N.R. 144 (C.A.F.); *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 CLLC 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Borowski*, [1990] 2 C.F. 728; (1990), 32 F.T.R. 205; 10 Imm. L.R. (2d) 115 (1^{re} inst.); *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; (1990), 75 O.R. (2d) 673; 74 D.L.R. (4th) 355; 59 C.C.C. (3d) 449; 79 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 1; 42 O.A.C. 81; *R. v. Fortin* (1990), 75 O.R. (2d) 733 (Div. gén.); *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193; 64 C.C.C. (3d) 449 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.). i

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Mills, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 91 CLLC 14,024; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 91 CLLC 14,023. j

AVOCATS:

Barbara L. Jackman pour la requérante.
Kevin Lunney pour l'intimé.

PROCUREURS:

Jackman, Zambelli & Silcoff, Toronto, pour la requérante.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

JEROME A.C.J.: This matter came on for hearing at Toronto, Ontario on January 28, 1991. By notice of motion dated January 9, 1991 the applicant seeks an order pursuant to section 82.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] to commence a proceeding under section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for:

b LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: Cette affaire a été entendue à Toronto (Ontario) le 28 janvier 1991. Par avis de requête, en date du 9 janvier 1991, la requérante cherche à obtenir une ordonnance en vertu de l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19] aux fins de l'introduction d'une instance aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap F-7, visant l'obtention:

(a) a writ of *certiorari* to quash the decision of an immigration inquiry tribunal, composed of Mr. W. Renchan, an immigration adjudicator, and Mr. I. Jeffers, a member of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board, made on December 20, 1990, wherein it was decided to proceed with the inquiry concerning the Applicant, prior to receiving evidence on and considering the constitutional arguments raised as to the tribunal's jurisdiction to proceed with the hearing; and

d [TRADUCTION] a) d'un bref de *certiorari* portant annulation de la décision d'un tribunal d'enquête en matière d'immigration, composé de M. W. Renchan, arbitre de l'Immigration, et de M. I. Jeffers, membre de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, rendue le 20 décembre 1990, indiquant qu'il allait procéder à l'enquête concernant la requérante, avant de recevoir les éléments de preuve relatifs aux arguments constitutionnels soulevés quant à la compétence du tribunal de procéder à l'audition; et

(b) a writ of *mandamus* directing the tribunal to receive evidence put forward by the Applicant and to hear argument put forward by the Applicant as to the tribunal's jurisdiction to hold an inquiry prior to proceeding with the inquiry concerning the Applicant.

e b) d'un bref de *mandamus* ordonnant au tribunal de recevoir les éléments de preuve présentés par la requérante et d'entendre l'argument de celle-ci quant à la compétence du tribunal de procéder à une enquête avant la tenue même de l'enquête sur la requérante.

On January 16, 1991 the applicant applied for an order permitting her to make oral submissions in support of her application. On February 12, 1991 at Toronto, Ontario, I dismissed the applications for reasons given orally from the Bench and indicated that these written reasons would follow.

f Le 16 janvier 1991, la requérante a demandé que soit rendue une ordonnance qui lui permettrait de présenter des observations orales à l'appui de sa requête. Le 12 février 1991 à Toronto (Ontario), j'ai rejeté les demandes pour les motifs prononcés à l'audience et j'ai indiqué que ces motifs écrits seraient rendus plus tard.

FACTS

The facts as set out in the affidavit of Toni Schweitzer, sworn January 15, 1991, are not in dispute. The applicant is the subject of an immigration inquiry commenced on November 29, 1990 before an Immigration Adjudicator, Mr. W. Renchan, and a member of the Refugee Division (Backlog) of the Immigration and Refugee Board, Mr. I. Jeffers (the "Tribunal"). At the outset of the hearing, counsel for the applicant indicated to the Tribunal that she intended to raise a preliminary jurisdictional argument under section 52 of the *Constitution Act, 1982*

LES FAITS

h Les faits exposés dans l'affidavit de Toni Schweitzer, portant la date du 15 janvier 1991, ne sont pas contestés. La requérante fait l'objet d'une enquête en matière d'immigration, commencée le 29 novembre 1990 devant un arbitre de l'Immigration, M. W. Renchan, et un membre de la Section du statut de réfugié (élimination de l'arriéré) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, M. I. Jeffers (le «tribunal»). Au début de l'audition, l'avocate de la requérante a indiqué au tribunal qu'elle avait l'intention de soulever, en vertu de l'ar-

[Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. She outlined the nature of her argument and the evidence to be presented to establish that the applicant's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] had been violated by the unreasonable delay in processing her Convention refugee claim and that section 46 and related provisions of the *Immigration Act* should not be applied because her right to a fair hearing has been prejudiced presumptively and actually through the delay.

When the hearing resumed on December 20, 1990, the Adjudicator indicated that the Tribunal would proceed with the immigration inquiry and then deal with the constitutional issues raised by the applicant. His reasons, to the best of the recollection of the deponent, were *inter alia* that subsection 34(1) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, provides that "the adjudicator may require or permit evidence to be adduced at an inquiry in such manner as he deems appropriate having regard to all the circumstances of the case" and that, since the applicant's evidence is important, she must testify first on the matters raised in subsection 46(1) of the *Immigration Act* and the evidence and arguments on the constitutional issues would be considered only after the full hearing under section 46 is complete. The inquiry was adjourned and scheduled to resume February 26, 1991.

The applicant now states that the Tribunal has erred in law: (a) in refusing to consider the preliminary jurisdiction issues raised by the applicant under section 52 of the *Constitution Act, 1982* before proceeding with the applicant's inquiry under the *Immigration Act*; and (b) when it failed to comply with the principles of fundamental justice and of natural justice when it applied subsection 34(1) of the Regula-

ticle 52 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]], un argument préliminaire quant à la compétence. Elle a indiqué la nature de son argument et des éléments de preuve devant être présentés afin d'établir d'une part, qu'il y a eu violation des droits de la requérante reconnus à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] compte tenu du délai déraisonnable qu'il y a eu dans l'examen de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention et, d'autre part, que l'article 46 et les dispositions connexes de la *Loi sur l'immigration* ne devaient pas recevoir application parce que son droit à une audition impartiale a présumément et réellement été violé du fait de ce délai.

À la reprise de l'audition le 20 décembre 1990, l'arbitre a indiqué que le tribunal procéderait à l'enquête en matière d'immigration et examinerait ensuite les questions constitutionnelles soulevées par la requérante. Au meilleur de la connaissance du déposant, l'arbitre aurait notamment indiqué qu'en vertu du paragraphe 34(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, «l'arbitre peut exiger que des preuves soient produites à l'enquête ou permettent qu'elles le soient de la manière qu'il juge convenable eu égard à toutes les circonstances entourant le cas», que, compte tenu de l'importance des éléments de preuve de la requérante, celle-ci doit tout d'abord témoigner relativement aux questions soulevées en vertu du paragraphe 46(1) de la *Loi sur l'immigration* et que les éléments de preuve et les arguments concernant les questions constitutionnelles ne seraient examinés qu'après l'audition prévue à l'article 46. L'enquête fut ajournée et devait être reprise le 26 février 1991.

La requérante soutient maintenant que le tribunal a commis une erreur de droit: a) en refusant d'examiner les questions préliminaires de compétence soulevées par la requérante en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* avant de procéder à l'enquête concernant la requérante en vertu de la *Loi sur l'immigration*; et b) en omettant de se conformer aux principes de justice fondamentale et de justice

tions to determine that it would proceed with the applicant's inquiry before receiving evidence and considering arguments arising under section 52 of the *Constitution Act, 1982* as to its jurisdiction to proceed with the inquiry.

LEAVE

A good deal of argument was directed by both counsel to the question of leave. It is the respondent's contention that no proceeding of this nature can be commenced without leave pursuant to subsection 82.1(1) of the *Immigration Act* and that it must be done in the ordinary way by written application. The applicant's position is that since this is not a review of an immigration decision as such, but a constitutional attack, leave is not required. I consider the question to be somewhat academic. It is inconceivable to me that leave would be denied for an application that raises, as this does, substantial constitutional questions and accordingly, I deferred the question of leave until I heard full argument and for the reasons that follow, consider it unnecessary to decide that issue.

APPLICANT'S ARGUMENT

The applicant submits that section 34 of the Regulations simply authorizes the adjudicator to direct the conduct of the inquiry and does not authorize him to direct the manner in which a preliminary jurisdictional matter or motion under section 52 of the *Constitution Act, 1982* is raised. Because these constitutional issues deal directly with the issue of whether she can have a fair hearing, they must be determined by the Tribunal before it embarks upon the inquiry which it is otherwise mandated by statute to hold. The constitutionality of section 46 and related provisions of the *Immigration Act* must, therefore, be resolved prior to their application and the applicant submits that the Adjudicator's failure to address these preliminary issues amounts to a refusal to exercise jurisdiction and an excess of jurisdiction. In the alternative, the applicant states that her submissions

naturelle quand il a appliqué le paragraphe 34(1) du Règlement pour conclure qu'il procéderait à l'enquête concernant la requérante avant de recevoir les éléments de preuve et d'examiner les arguments soulevés en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* quant à sa compétence de procéder à l'enquête.

AUTORISATION

Les deux avocats ont fait porter une bonne partie de leur plaidoirie sur la question de l'autorisation. L'intimé prétend qu'une instance de cette nature ne peut être introduite sans autorisation en vertu du paragraphe 82.1(1) de la *Loi sur l'immigration* et qu'elle doit être introduite de la manière ordinaire par requête écrite. Selon la requérante, puisqu'il ne s'agit pas d'une révision d'une décision en matière d'immigration, mais bien d'une contestation constitutionnelle, elle n'a pas à obtenir une autorisation. J'estime que cette question est quelque peu théorique. À mon avis, il est inconcevable qu'une autorisation serait refusée dans le cas d'une demande qui soulève, comme en l'espèce, d'importantes questions constitutionnelles et, par conséquent, je diffère mon jugement sur la question d'autorisation jusqu'à ce que j'aie entendu tous les arguments et, pour les motifs exposés ci-après, j'estime inutile de trancher cette question.

LES ARGUMENTS DE LA REQUÉRANTE

La requérante soutient que l'article 34 du Règlement autorise simplement l'arbitre à ordonner la tenue de l'enquête et qu'il ne l'autorise pas à ordonner la manière dont une question préliminaire de compétence ou une demande fondée sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut être soulevée. À son avis, puisque ces questions constitutionnelles touchent directement la question de savoir si elle peut bénéficier d'une audience impartiale, elles doivent être tranchées par le tribunal avant qu'il ne procède à l'enquête que le texte législatif l'autorise par ailleurs à tenir. On doit donc trancher la constitutionnalité de l'article 46 et des dispositions connexes de la *Loi sur l'immigration* avant de les appliquer; selon la requérante, cette omission par l'arbitre de procéder à l'examen de ces questions préliminaires équivaut à un refus d'exercice de sa compétence et à un excès de

involve questions of natural justice and jurisdiction at common law arising under the *Immigration Act* itself.

compétence. Subsidiairement, la requérante affirme que ses allégations touchent des questions de justice naturelle et de compétence en common law, qui découlent de la *Loi sur l'immigration* elle-même.

a

RESPONDENT'S ARGUMENT

The respondent states that the applicant has not challenged the constitutional validity of any particular section of the *Immigration Act* and that the decision which the applicant seeks to review is purely procedural in nature in that the Adjudicator merely decided the order in which the Tribunal would hear evidence. This decision was made on a discretionary basis within the Adjudicator's authority under subsection 34(1) of the Regulations. Because the materials filed by the applicant fail to demonstrate that the Tribunal has violated a rule of natural justice in choosing to proceed as it did, the applicant has failed to demonstrate that there is a serious issue or arguable case.

LES ARGUMENTS DE L'INTIMÉ

b

L'intimé affirme que la requérante n'a contesté la validité constitutionnelle d'aucun article particulier de la *Loi sur l'immigration* et que la décision dont la requérante cherche à obtenir révision est de nature purement procédurale puisque l'arbitre a simplement décidé dans quel ordre le tribunal entendrait la preuve. Il s'agit là d'une décision relevant du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre en vertu du paragraphe 34(1) du Règlement. Puisque les documents présentés par la requérante ne permettent pas de démontrer que le tribunal a violé une règle de justice naturelle en choisissant de procéder comme il l'a fait, la requérante n'a pas établi l'existence d'une question importante ou d'une demande qui a des chances de réussir.

f

The respondent further submits that *mandamus* should not issue. The applicant has failed to show that she specifically demanded that the Tribunal address itself to the constitutional issues prior to considering matters under section 46 of the *Immigration Act* and that the Tribunal has refused to consider the constitutional issues which she has raised. Rather, the materials show that the Tribunal will in fact consider these issues once it has heard the applicant's evidence bearing upon the allegations in the immigration officer's report, the applicant's eligibility to claim Convention refugee status, and the question of whether there is a credible basis to her claim. The applicant has also failed to show that the Tribunal has violated any rule of natural justice or committed any error sufficient to warrant the issuance of *certiorari*.

L'intimé prétend aussi que le bref de *mandamus* ne devrait pas être délivré. La requérante n'a pas réussi à établir qu'elle a spécifiquement demandé que le tribunal aborde les questions constitutionnelles avant de procéder à l'examen des questions en vertu de l'article 46 de la *Loi sur l'immigration*, et que le tribunal a refusé de se pencher sur les questions constitutionnelles qu'elle a soulevées. Les documents indiquent plutôt que le tribunal se penchera en fait sur ces questions lorsqu'il aura entendu la preuve de la requérante quant aux allégations contenues dans le rapport de l'agent d'immigration, à la recevabilité de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, présentée par la requérante et à la question de savoir si la revendication possède un minimum de fondement. La requérante n'a pas non plus réussi à démontrer que le tribunal a violé une règle de justice naturelle ou a commis une erreur suffisamment grave pour justifier la délivrance d'un bref de *certiorari*.

j

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

The statutory provisions relevant to this application are section 82.1 of the *Immigration Act* and section 34 of the Regulations:

82.1 (1) An application or other proceeding may be commenced under section 18 or 28 of the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any other matter arising, under this Act or the rules or regulations only with leave of a judge of the Federal Court—Trial Division or Federal Court of Appeal, as the case may be.

(4) Unless a judge of the appropriate Court directs otherwise, an application under this section for leave to commence a proceeding shall be disposed of without personal appearance.

34. (1) Notwithstanding the requirements of sections 31 to 33, the adjudicator may require or permit evidence to be adduced at an inquiry in such manner as he deems appropriate having regard to all the circumstances of the case including the burden of proof and presumption referred to in subsections 8(1) and (2) of the Act.

ANALYSIS

At issue here is a request by counsel for the applicant to suspend an immigration inquiry for the purpose of presenting an argument essentially based on the recent unanimous decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. This decision has triggered a great number of withdrawals or applications for stay of proceedings in criminal proceedings throughout Canada, particularly in Ontario and, particularly in Peel District. In *Askov*, the Court considered the issue of what constitutes an unreasonable delay of the trial of a person charged with an offence, contrary to paragraph 11(b) of the Charter. Cory J., for the majority concurring opinion, set out the following factors (at pages 1231-1232) to be considered in determining whether or not there has been an infringement of the paragraph 11(b) right to be tried within a reasonable time:

- (i) the length of the delay;
- (ii) explanation for the delay;
- (a) the conduct of the Crown;

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

Les dispositions législatives pertinentes sont l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration* et l'article 34 du Règlement:

82.1 (1) L'introduction d'une instance aux termes des articles 18 ou 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues ou mesures prises dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application—règlements ou règles—ou de toute question soulevée dans ce cadre, se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale, selon le cas.

(4) Sauf ordre contraire d'un juge du tribunal compétent, il est statué sur la demande d'autorisation sans comparution en personne.

34. (1) Par dérogation aux articles 31 à 33, l'arbitre peut exiger que des preuves soient produites à l'enquête ou permettre qu'elles le soient de la manière qu'il juge convenable eu égard à toutes les circonstances entourant le cas, notamment le fardeau de la preuve et la présomption visés aux paragraphes 8(1) et (2) de la Loi.

ANALYSE

Il s'agit en l'espèce de statuer sur une demande de suspension de l'enquête d'immigration, présentée par l'avocat de la requérante pour que celui-ci puisse présenter un argument fondé essentiellement sur l'arrêt unanime récent de la Cour suprême du Canada *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Cet arrêt a donné lieu à un grand nombre de désistements ou de demandes d'arrêt des procédures en matière criminelle dans tout le Canada, notamment en Ontario, plus particulièrement dans le district de Peel. Dans l'arrêt *Askov*, la Cour suprême a examiné la question de ce qui constitue un délai déraisonnable pour la tenue du procès d'un accusé, qui contrevient à l'alinéa 11b) de la Charte. Le juge Cory, exprimant l'opinion concordante d'une majorité de juges, énonce les facteurs suivants (aux pages 1231 et 1232) dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable, prévu à l'alinéa 11b):

- (i) la longueur du délai;
- (ii) l'explication du délai;
- a) les délais imputables au ministère public;

- (b) systemic or institutional delays;
- (c) the conduct of the accused;
- (iii) waiver;
- (iv) prejudice to the accused.

He acknowledged [at page 1219] that “the primary aim of s. 11(b) is the protection of the individual’s rights and the provision of fundamental justice for the accused”, however, he determined that there is “at least by inference, a community or societal interest implicit in s. 11(b)” and that it had a dual dimension [at pages 1219-1220]:

First, there is a collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law. Secondly, those individuals on trial must be treated fairly and justly.

With reference to the reasoning of Lamer J. [as he then was] in *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, Cory J. concluded (at page 1222) that an “inferred societal interest should be considered in conjunction with the main and primary concept of the protection of the individual’s right to fundamental justice”.

Subsequently, Trainor J. of the Ontario Court of Justice (General Division), in *R. v. Fortin* (1990), 75 O.R. (2d) 733, examined the consequences of *Askov* and concluded that the six-to-eight-month general limitation period in *Askov* did not apply to Provincial Court trials or preliminary hearings. His position was based on the fact that the Supreme Court of Canada had not stated that the Provincial Court was subject to the delay restriction even though it was clearly aware of the lengthy delays and the dramatic effect such a limitation period would have on the Provincial Court backlog and the fact that the Court had stated that *Askov* applications will be “infrequently granted”.

On May 31, 1991, the Ontario Court of Appeal released a number of decisions concerning *Askov* applications and the right to be tried within a reasonable time under paragraph 11(b) of the Charter. In *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193 (C.A.), the Court allowed an appeal from a stay of proceedings based on its findings that the Trial Judge had erred in concluding, without sufficient regard to any other factors prescribed by the Supreme Court of Canada in *Askov*, that eight months to find a trial date in Provincial

- b) les délais systémiques ou institutionnels;
- c) les délais imputables à l’accusé;
- (iii) la renonciation;
- (iv) le préjudice subi par l’accusé.

Il a reconnu [à la page 1219] que «[B]ien que le but premier de l’al. 11b) soit la protection des droits individuels et la prestation de la justice fondamentale aux accusés», il a cependant conclu qu’«il comporte aussi implicitement [. . .] un droit collectif ou social» et que ce droit collectif a un double aspect [aux pages 1219 et 1220]:

Premièrement, la société a un intérêt à s’assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi. Deuxièmement, les personnes appelées à subir leur procès doivent être traitées avec justice et équité.

En ce qui concerne le raisonnement du juge Lamer [alors juge puîné] dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Cory conclut (à la page 1222) «qu’il faut tenir compte de l’intérêt implicite de la société en plus de l’intérêt primordial qui consiste à protéger le droit de l’individu à la justice fondamentale».

Par la suite, dans *R. v. Fortin* (1990), 75 O.R. (2d) 733, le juge Trainor de la Cour de justice de l’Ontario (Division générale) a analysé les conséquences de l’arrêt *Askov* et a conclu que le délai général de six à huit mois mentionné dans *Askov* ne s’appliquait pas aux procès en Cour provinciale ou aux enquêtes préliminaires. Son raisonnement repose d’une part, sur le fait que la Cour suprême du Canada n’a pas dit que la Cour provinciale était assujettie à ce délai même si elle était manifestement consciente des longs retards et de l’incidence dramatique que ce délai aurait sur l’arriéré de la Cour provinciale et, d’autre part, sur le fait que la Cour suprême a précisé que les demandes de type *Askov* seront «accordée[s] peu souvent».

Le 31 mai 1991, la Cour d’appel de l’Ontario a rendu un certain nombre de décisions relativement à des demandes de type *Askov* et au droit d’être jugé dans un délai raisonnable en vertu de l’alinéa 11b) de la Charte. Dans *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193 (C.A.), la Cour a accueilli un appel relativement à un arrêt des procédures en se fondant sur les conclusions que le juge du procès avait commis une erreur en concluant, sans suffisamment tenir compte des autres facteurs mentionnés par la Cour suprême du Canada

Court was unreasonable. Arbour J.A., suggested that the granting of a judicial stay of proceedings because of an infringement of paragraph 11(b) of the Charter calls for a skilful exercise of judgment in balancing the factors set out in *Askov* and that it cannot be reduced to an administrative task or a simple calculation of time. She observed that [at page 208]:

Askov has frequently been given a minimalist or reductionist interpretation. When mere lip service is paid to the required balancing of the four factors, the trial within a reasonable time issue is often resolved by the mechanical computation of the systemic time required to bring the charge to trial and the six to eight months referred to in *Askov* is then given the force of a judicially developed limitation period. This isolates and over-emphasizes systemic delay and reduces the concept of reasonableness in s. 11(b) to a simplistic computation of time. This is not what the Supreme Court decision in *Askov* stands for.

Chief Justice Dubin, in concurring reasons, agreed with Madam Justice Arbour that the Supreme Court of Canada in *Askov* had not prescribed a statutory limitation period which, if exceeded, must automatically result in a stay of charges. He, however, placed greater emphasis on the fact that the right protected by paragraph 11(b) is not simply a right of an individual charged with an offence but that it involves a societal interest as well. He commented [at page 202]:

That societal interest can also be protected by the duty of the Crown to proceed expeditiously with the criminal process, and the duty of the courts where adjournments are sought to prevent unreasonable delay. However, there is, I think, as a corollary to the societal interest in expeditious proceedings, a societal interest in seeing that every person charged with an offence be brought to trial to be found guilty or not guilty and if, after a fair trial in which all the rights of the accused are fully protected, the accused is found guilty, the accused should be punished.

He also noted [at page 196] that “[t]he effect of [a] stay is tantamount to an acquittal but without a trial” and that “[t]he staying of so many charges has had a serious impact on the administration of justice in this province and, I fear, has eroded the public’s confidence in the administration of justice.”

dans l’arrêt *Askov*, qu’un délai de huit mois était déraisonnable pour fixer la date du procès en cour provinciale. Le juge Arbour, J.C.A., indique que, lorsqu’il décide d’ordonner l’arrêt des procédures en raison d’une violation de l’alinéa 11b) de la Charte, le tribunal doit exercer judicieusement son jugement pour établir un équilibre entre les facteurs mentionnés dans *Askov*, et qu’il ne peut être réduit à une tâche administrative ou à un simple calcul des délais. Elle fait observer ce qui suit [à la page 208]:

[TRADUCTION] On a fréquemment donné une interprétation étroite à l’arrêt *Askov*. Lorsque l’établissement d’un équilibre entre les quatre facteurs n’est fait que pour la forme, la question de la tenue du procès à l’intérieur d’un délai raisonnable est souvent tranchée au moyen du simple calcul des délais systémiques requis pour traduire une personne en justice, ce qui équivaut à donner à la période de six à huit mois mentionnée dans *Askov* la force d’un délai de droit prétorien. Ce qui permet d’isoler la question des délais systémiques et d’y accorder trop d’importance et de ramener le concept du délai raisonnable mentionné à l’al. 11b) à un simple calcul de délai. Ce n’est pas ce que signifie l’arrêt de la Cour suprême du Canada.

Le juge en chef Dubin, dans des motifs concordants, souscrit à l’opinion de Madame le juge Arbour que la Cour suprême du Canada n’a pas établi un délai statutaire qui, dans le cas où on l’exécède, doit automatiquement donner lieu à un arrêt des procédures. Il fait toutefois ressortir davantage le fait que le droit protégé par l’alinéa 11b) n’est pas simplement un droit de l’inculpé, mais qu’il comporte également un droit social. Il affirme [à la page 202]:

[TRADUCTION] Le droit de la société peut aussi être protégé par l’obligation du ministère public de procéder avec diligence aux poursuites criminelles et l’obligation des tribunaux de prévenir un délai déraisonnable lorsque des ajournements sont demandés. Toutefois, à mon avis, à titre de corollaire au droit de la société à la tenue de poursuites diligentes, la société a aussi un droit de constater que tout inculpé est traduit en justice pour être déclaré coupable ou non et que, s’il est déclaré coupable après la tenue d’un procès équitable au cours duquel tous ses droits ont été pleinement respectés, l’accusé est puni.

Il a aussi affirmé [à la page 196] que [TRADUCTION] «l’effet d’un arrêt des procédures équivaut à un acquittement, sans procès» et que «l’arrêt de nombreuses procédures a entraîné de graves répercussions sur l’administration de la justice dans la province et a miné, je le crains, la confiance du public en l’administration de la justice».

It appears, therefore, that while significant time delay and prejudice to the accused are important considerations, a paragraph 11(b) Charter infringement is not simply a question of delay or simply a question of the accused's right to a fair trial. Each individual case must be considered in the light of all the factors set out by Cory J. in *Askov*.

CONCLUSION

I refused the application for the following reasons. First, the action of the Adjudicator in this instance, is not a decision which is subject to review under section 18 of the *Federal Court Act*. Rather, it is essentially a procedural decision and one which is entirely within the competence of the Adjudicator. In *Union Gas Ltd. v. TransCanada PipeLines Ltd.*, [1974] 2 F.C. 313 (C.A.), the National Energy Board had made a ruling at the beginning of a hearing which determined the order in which the Board would receive evidence and permit cross-examination of witnesses. The ruling was found to be clearly within the Board's powers even though it permitted cross-examination to take place after the witnesses had been cross-examined by those in opposition. Mahoney J.A., for the Court stated (at page 317):

The right of the Board to determine the order in which it will receive evidence and permit cross-examination of witnesses, regardless of how anomalous the result may be when the proceedings are viewed as adversary proceedings, seems so clear to me that I dismissed this aspect of the application from the bench at the conclusion of the hearing. I mention it briefly now only with a view to recording my views.

Secondly, constitutional issues cannot be decided in a factual vacuum. In *Novopharm Ltd. v. Wyeth Ltd.* (1986), 26 D.L.R. (4th) 80 (F.C.A.), Heald J.A. for the Court held [at page 81] that it was an improper exercise of discretion for a judge to order a hearing into the constitutional validity of a section of a statute "irrespective of any factual situation". Based on his review of the jurisprudence he concluded [at page 83] that it was a basic principle that "[e]xcept in certain circumstances, it is not appropriate to consider constitutional issues in a factual vacuum." He stated (at pages 84-85):

Il appert donc que, bien que les longs délais et le préjudice pour l'accusé constituent des considérations importantes, une violation de l'alinéa 11b) de la Charte n'est pas simplement une question de délai ou simplement une question du droit de l'accusé à un procès équitable. Chaque cas doit être analysé en fonction de tous les facteurs énumérés par le juge Cory dans l'arrêt *Askov*.

CONCLUSION

J'ai refusé la demande pour les motifs suivants. Premièrement, en l'espèce, la décision de l'arbitre ne peut pas faire l'objet d'une révision en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Elle constitue essentiellement une décision procédurale qui relève entièrement de la compétence de l'arbitre. Dans l'arrêt *Union Gas Ltd. c. TransCanada PipeLines Ltd.*, [1974] 2 C.F. 313 (C.A.), l'Office national de l'énergie avait, au début d'une audience, pris une décision quant à l'ordre dans lequel il allait entendre les éléments de preuve et permettre le contre-interrogatoire des témoins. On a jugé que cette décision relevait clairement des pouvoirs de l'Office, même si elle permettait le contre-interrogatoire des témoins après que ceux-ci avaient été contre-interrogés par ceux de la partie adverse. Le juge Mahoney, J.C.A., au nom de la Cour, dit (à la page 317):

Le droit de l'Office de déterminer l'ordre dans lequel il entendra les témoignages et permettra le contre-interrogatoire des témoins, si exceptionnel que puisse en être le résultat lorsque les procédures sont considérées comme des procédures contentieuses, me semble tellement manifeste que j'ai rejeté cet aspect de la demande immédiatement à la fin de l'audience. Je le mentionne brièvement ici uniquement pour consigner mes opinions.

Deuxièmement, les questions constitutionnelles ne peuvent être tranchées sans égard aux faits. Dans *Novopharm Ltd. c. Wyeth Ltd.* (1986), 26 D.L.R. (4th) 80 (C.A.F.), le juge Heald, J.C.A., au nom de la Cour, a statué [à la page 81] qu'il n'était pas opportun qu'un juge, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ordonne la tenue d'une audition sur la validité constitutionnelle d'un article d'une loi «sans égard aux faits de l'espèce». Après une analyse de la jurisprudence, il conclut [à la page 83] qu'il existe un principe fondamental suivant lequel «sauf quelques exceptions, il ne faut pas étudier les questions consti-

I am of the view that the Judicial Committee and the Supreme Court of Canada have both clearly established the principle that it is not appropriate to answer constitutional questions in the absence of concrete facts. In the case of *A.-G. Ont. v. Hamilton Street R. Co. et al.*, [1903] A.C. 524 at p. 529, the Judicial Committee said:

... it would be extremely unwise for any judicial tribunal to attempt beforehand to exhaust all possible cases and facts which might occur to qualify, cut down, and override the operation of particular words when the concrete case is not before it.

The problem of deciding constitutional issues in a factual vacuum was discussed by the Judicial Committee again in the case of *A.-G. B.C. v. A.-G. Can.; Re B.C. Fisheries* (1913), 15 D.L.R. 308 at pp. 309-10, [1914] A.C. 153 at p. 162, 5 W.W.R. 878, where it was stated:

Not only may the question of future litigants be prejudiced by the Court laying down principles in an abstract form without any reference or relation to actual facts, but it may turn out to be practically impossible to define a principle adequately and safely without previous ascertainment of the exact facts to which it is to be applied.

The same principle was again endorsed by the Supreme Court of Canada in the case of *A.-G. Man. v. Man. Egg & Poultry Ass'n et al.* (1971), 19 D.L.R. (3d) 169, [1971] S.C.R. 689, [1971] 4 W.W.R. 705. Laskin J. (as he then was) said at p. 181:

The utility of the Reference as a vehicle for determining whether actual or proposed legislation is competent under the allocations of power made by the *B.N.A. Act*, 1867 is seriously affected in the present case because there is no factual underpinning for the issues that are raised by the Order of Reference.

The Tribunal is also not a court of competent jurisdiction and is not competent to grant the relief that would ensue should it accept the applicant's constitutional arguments before considering her Convention refugee claim. Based on the jurisprudence to date, particularly in this Court, it is not within the jurisdiction of administrative tribunals to make general pronouncements that a particular law does not have constitutional effect in that it is contrary to the Charter. In my opinion, by asking the Tribunal to determine that section 46 and consequential sections of the *Immigration Act* violate section 7 of the Charter, the applicant is, in effect, asking the Tribunal to grant a general declaration that these provisions infringe the Charter.

tutionnelles sans égard aux faits pertinents». Il affirme (aux pages 84 et 85):

[J]'estime que le Comité judiciaire et la Cour suprême du Canada ont tous deux clairement affirmé qu'il n'était pas opportun de trancher des questions constitutionnelles en l'absence de faits concrets. Voici ce qu'a affirmé le Comité judiciaire dans *A.-G. Ont. v. Hamilton Street R. Co. et al.*, [1903] A.C. 524, à la p. 529:

[TRADUCTION] ... il serait très inopportun qu'un tribunal tente d'examiner à l'avance tous les cas possibles qui pourraient restreindre, éliminer et outrepasser l'application de certains termes sans être saisi de l'affaire en cause.

Le Comité judiciaire a traité de nouveau du problème des questions constitutionnelles posées en l'absence de faits, dans l'affaire *A.-G. B.C. v. A.-G. Can.; Re B.C. Fisheries* (1913), 15 D.L.R. 308, aux p. 309 et 310, [1914] A.C. 153, à la p. 162, 5 W.W.R. 878, où il affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Le fait que la Cour énonce des principes de façon abstraite sans tenir compte de faits concrets peut porter atteinte aux droits des parties éventuelles; de plus, il peut être pratiquement impossible de définir un principe convenablement et sans erreur si l'on n'examine pas d'abord les faits exacts auxquels il doit s'appliquer.

Elle a repris les mêmes principes dans *P.G. du Man. c. Man. Egg & Poultry Ass'n et al.* (1971), 19 D.L.R. (3d) 169, [1971] R.C.S. 689, [1971] 4 W.W.R. 705. Dans cette affaire, le juge Laskin, alors juge puîné, a affirmé ce qui suit à la page 181:

L'utilité du renvoi comme moyen de déterminer la validité d'une loi en vigueur ou projetée, compte tenu de la répartition des pouvoirs établie par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, est sérieusement diminuée en l'instance parce que les questions soulevées dans le texte du renvoi ne s'appuient pas sur des faits.

Le tribunal n'est pas non plus un tribunal compétent et il ne peut accorder la réparation qui s'ensuivrait s'il devait accepter les arguments constitutionnels de la requérante avant d'examiner sa revendication de statut de réfugié au sens de la Convention. Compte tenu de la jurisprudence à ce jour, plus particulièrement celle de cette Cour, je conclus qu'il n'est pas de la compétence des tribunaux administratifs de statuer de manière générale qu'une loi particulière n'est pas valide du point de vue constitutionnel parce qu'elle est contraire à la Charte. À mon avis, en demandant au tribunal de déterminer que l'article 46 et les articles corrélatifs de la *Loi sur l'immigration* contreviennent à l'article 7 de la Charte, la requérante demande en fait au tribunal de

This limited responsibility of an administrative Tribunal has been clearly established. In *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253 (C.A.), Pratte J.A., for the Court, considered the jurisdiction of administrative tribunals, in that case Boards of Referees, under subsection 24(1) of the Charter. He concluded (at page 255):

It is clear that neither a board of referees nor an umpire have the right to pronounce declarations as to the constitutional validity of statutes and regulations. That is a privilege reserved to the superior courts. However, like all tribunals, an umpire and a board of referees must apply the law. They must, therefore, determine what the law is. And this implies that they must not only construe the relevant statutes and regulations but also find whether they have been validly enacted. If they reach the conclusion that a relevant statutory provision violates the Charter, they must decide the case that is before them as if that provision had never been enacted. The law on this subject, as I understand it, was clearly and accurately stated by Macfarlane J.A. of the Court of Appeal of British Columbia in *Re Schewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al; Intervenors*:

It is clear that the power to make general declarations that enactments of Parliament or of the Legislature are invalid is a high constitutional power which flows from the inherent jurisdiction of the superior courts.

But it is equally clear that if a person is before a court upon a charge, complaint, or other proceeding properly within the jurisdiction of that court then the court is competent to decide that the law upon which the charge, complaint or proceeding is based is of no force and effect by reason of the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to dismiss the charge, complaint or proceeding. The making of a declaration that the law in question is of no force and effect in that context, is nothing more than a decision of a legal question properly before the court. It does not trench upon the exclusive right of the superior courts to grant prerogative relief, including general declarations.

In *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Borowski*, [1990] 2 F.C. 728 (T.D.), Joyal J. considered *inter alia* whether a tribunal is competent to declare that a particular enactment is in breach of a Charter provision and grant a remedy. He noted that in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245 (C.A.), it was established that declarations as to the constitutional validity of any statute or regulation

rendre un jugement déclaratoire général portant que ces dispositions violent la Charte.

Cette responsabilité restreinte d'un tribunal administratif a déjà été clairement établie. Dans l'affaire *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253 (C.A.), le juge Pratte, J.C.A., a analysé la compétence des tribunaux administratifs, en l'espèce celle d'un conseil arbitral, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Il conclut (à la page 255):

Il est évident qu'il n'appartient ni au conseil arbitral ni au juge-arbitre de statuer sur la validité constitutionnelle des lois et des règlements. Il s'agit d'un privilège réservé aux instances supérieures. Mais le juge-arbitre et le conseil arbitral doivent appliquer le droit, comme tous les tribunaux d'ailleurs. Ils doivent donc déterminer le droit applicable, et pour ce faire, ils doivent non seulement interpréter les lois et les règlements applicables mais également statuer sur la validité de leur adoption. S'ils concluent qu'une disposition légale applicable enfreint la Charte, ils doivent trancher la question comme si cette disposition n'avait jamais été adoptée. Le droit sur ce point, si j'ai bien compris, a été clairement formulé par le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Schewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al; Intervenors*:

[TRADUCTION] Il est avéré que le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire sur la validité constitutionnelle des lois adoptées par le Parlement ou l'une des Législatures ressortit à la compétence exclusive des instances supérieures.

Mais il est également avéré que si une personne comparait devant un tribunal suite à une inculpation, à une plainte ou à un autre acte de procédure qui relève régulièrement de la compétence de ce dernier, il s'ensuit que le tribunal a compétence d'une part, pour juger que la loi sur laquelle repose l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure est inopérante du fait des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et d'autre part, pour rejeter l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure. Le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la loi contestée est inopérante n'est, dans ce contexte, rien de plus qu'une décision sur une question juridique dont le tribunal est régulièrement saisi. Cela n'empiète aucunement sur le droit exclusif des instances supérieures d'accorder un redressement par voie de bref de prérogative, y compris un jugement déclaratoire.

Dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Borowski*, [1990] 2 C.F. 728 (1^{re} inst.), le juge Joyal a notamment examiné si un tribunal est compétent pour rendre un jugement déclaratoire portant qu'une loi particulière viole une disposition de la Charte et pour accorder une réparation. Il indique que, dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245 (C.A.), il a été établi que le pou-

and the granting of any remedy pursuant to section 24 of the Charter are reserved to the superior courts. Mr. Justice Joyal then observed (at page 748) that “sub-section 52(1) . . . simply declares that if inconsistency with a constitutional provision is found to exist, a law, to the extent of the inconsistency, is of no force or effect” and he concluded that “it cannot fashion a remedy”.

I also note that in the interim the Supreme Court of Canada has rendered its decisions in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5 and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. The result may very well be that this Tribunal has no authority to dispose of the constitutional questions raised by the applicant. If, however, it does possess the authority to deal with such questions, the Tribunal is clearly limited in the manner set out in these reasons. In either event, it is appropriate for the Tribunal to proceed to the full factual determination necessary to discharge its mandate under the *Immigration Act*. The Tribunal would need to consider whether the delay was attributable to the applicant or solely to the administration of the process at issue, and whether and to what extent this applicant’s rights have been prejudiced by the delay. I do not see how the Adjudicator can be asked to decide those questions without knowing their precise factual context.

Finally, in doubtful cases there is a practical advantage for an adjudicator to be in a position to make a determination on the merits of a case at the same time that the constitutional validity of a provision is considered for the simple reason that a favourable adjudication on the merits may obviate the necessity of a long and protracted constitutional proceeding.

In my view, therefore, the Adjudicator’s decision to proceed with the immigration inquiry is appropriate, entirely procedural in nature, and entirely within the scope of the Tribunal’s authority. Accordingly, the applications must be dismissed.

voir de se prononcer sur la validité constitutionnelle de toute loi ou de tout règlement et d’accorder une réparation sous le régime de l’article 24 de la Charte appartient exclusivement aux cours supérieures. M. le juge Joyal a ensuite fait remarquer (à la page 748) que «le paragraphe 52(1) . . . prévoit uniquement que la constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles, le cas échéant, de toute autre règle de droit». Voilà tout ce que dit cet article, rien de plus. «Il ne peut établir une réparation.»

Je fais également remarquer que la Cour suprême du Canada a depuis rendu les arrêts *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)* [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Il pourrait bien s’ensuivre que ce tribunal ne possède pas la compétence pour trancher les questions constitutionnelles soulevées par la requérante. Toutefois, dans l’affirmative, le tribunal est manifestement limité dans sa tâche de la manière exposée dans ces motifs. Quoiqu’il en soit, le tribunal doit procéder à toute l’analyse factuelle qui lui permettra de s’acquitter de son mandat en vertu de la *Loi sur l’immigration*. Le tribunal devrait examiner si le délai est imputable à la requérante ou seulement à l’administration des procédures en litige, et si ce délai a porté atteinte aux droits de la requérante. Je ne sais pas comment on peut demander à l’arbitre de trancher ces questions s’il ne connaît pas leur contexte factuel précis.

Enfin, dans les affaires douteuses, en pratique, il est avantageux pour un arbitre d’être en mesure de se prononcer sur le fond d’une affaire en même temps que sur la validité constitutionnelle d’une disposition pour la simple raison qu’une décision favorable quant au fond peut parer à la nécessité d’une très longue poursuite d’ordre constitutionnel.

À mon avis, donc, la décision de l’arbitre de procéder à l’enquête en matière d’immigration est appropriée et tout à fait conforme à la procédure et relève entièrement de la compétence du tribunal. En conséquence, les demandes doivent être rejetées.