

A-869-91

A-869-91

**Ashford Mahabir (Applicant)****Ashford Mahabir (requérant)**

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration (Respondent)****a Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: MAHABIR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)****b RÉPERTORIÉ: MAHABIR c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Mahoney, Desjardins and Linden J.J.A.—Toronto, October 8; Ottawa, October 17, 1991.

Cour d'appel, juges Mahoney, Desjardins et Linden, J.C.A.—Toronto, 8 octobre; Ottawa, 17 octobre 1991.

*Immigration — Pratique — S. 46 Immigration Act credible evidence hearing — Application to tribunal, under Charter s. 24, for declaration relevant statutory provisions rendered inoperative by Constitution Act, s. 52 — Argument rejected — Judicial review application under Federal Court Act, s. 28 — Applicant ordered to show cause why application ought not be quashed as made without leave (Immigration Act, s. 82.1(1)) — Whether leave required where impugned decision is refusal to declare inoperative empowering legislation or to invoke constitutional exception in particular circumstances — Whether “final decision” subject to s. 28 review — Although Charter invoked, Court cannot ignore Immigration Act, s. 82.1 modifying right to judicial review.*

*c Immigration — Pratique — Audience tenue en application de l'art. 46 de la Loi sur l'immigration pour statuer sur l'existence d'une preuve crédible ou digne de foi — Requête présentée au tribunal en vertu de l'art. 24 de la Charte en vue d'obtenir une déclaration portant que les dispositions législatives visées étaient rendues inopérantes par l'art. 52 de la Loi constitutionnelle — Prétention rejetée — Requête tendant à obtenir la révision de la décision du tribunal sous le régime de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale — Il a été ordonné au requérant de démontrer la raison pour laquelle sa demande ne devait pas être annulée puisqu'elle a été faite sans autorisation (Loi sur l'immigration, art. 82.1(1)) — Une autorisation est-elle nécessaire lorsque la décision attaquée est le refus de déclarer inopérantes les dispositions législatives dont l'organisme décisionnel tire son pouvoir ou un refus d'exciper d'une exception d'ordre constitutionnel dans des circonstances particulières? — S'agit-il d'une «décision définitive» pouvant faire l'objet de la révision prévue à l'art. 28 — Bien que les dispositions de la Charte aient été invoquées, la Cour ne peut pas ne pas tenir compte de l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration qui modifie le droit de demander une révision judiciaire.*

*Judicial review — Applications to review — Refugee tribunal's rejection of Charter argument legislation authorizing credible evidence hearing rendered inoperative by Constitution Act, s. 52 — Whether “final decision” subject to s. 28 review — Whether Immigration Act s. 82.1 requirement of seeking leave for judicial review application applicable where impugned decision refusal to declare empowering legislation inoperative — Court unable to ignore s. 82.1 modification of right to judicial review — Review of case law on what is “decision” within contemplation of s. 28.*

*g Contrôle judiciaire — Demandes de révision — Le tribunal chargé de se prononcer sur le statut de réfugié a rejeté la prétention fondée sur les dispositions de la Charte voulant que la législation autorisant la tenue d'une audience pour statuer sur l'existence d'une preuve crédible ou digne de foi soit rendue inopérante par l'art. 52 de la Loi constitutionnelle — S'agit-il d'une «décision définitive» pouvant faire l'objet de la révision prévue à l'art. 28 — La nécessité d'obtenir une autorisation pour présenter une demande de révision, prévue à l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration, s'applique-t-elle lorsque la décision attaquée est le refus de déclarer inopérante la législation habilitante — La Cour ne peut pas ne pas tenir compte de la modification apportée par l'art. 82.1 au droit de demander une révision judiciaire — Examen de la jurisprudence sur ce que constitue une «décision» au sens de l'art. 28.*

*f Federal Court Jurisdiction — Appeal Division — S. 28 application to review refugee tribunal decision rejecting argument Immigration Act provisions authorizing credible evidence hearing rendered inoperative by Constitution Act, s. 52 quashed for want of jurisdiction — Absence of leave required*

*h Compétence de la Cour fédérale — Section d'appel — Rejet pour manque de compétence de la demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue d'obtenir la révision de la décision du tribunal chargé de se prononcer sur le statut de réfugié rejetant la prétention voulant que les dispositions de la Loi sur l'immigra-*

to commence proceeding — Not a “final decision” subject to s. 28 review.

*Constitutional law — Enforcement — Argument that Federal Court Act, s. 28 application for judicial review of refugee tribunal decision being based on Charter s. 24, leave requirement in Immigration Act to be disregarded — Applicant’s contention logical fallacy — Having sought Charter remedy by proceeding authorized by Immigration Act, applicant bound by condition precedent that leave necessary — S. 24 giving remedial power where matter properly before Court.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 22.  
*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. 24.  
*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33.  
*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. 28.  
*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; S.C. 1990, c. 8, s. 53).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Brennan v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 799; (1985), 85 CLLC 17,006; 57 N.R. 116 (C.A.); *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*, [1991] 3 F.C. 242 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Bains v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317; 8 Imm. L.R. (2d) 165; 109 N.R. 239 (F.C.A.); *Ferrow v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 679; (1983), 144 D.L.R. (3d) 364; [1983] 3 W.W.R. 289; 46 N.R. 299 (C.A.); *In re Anti-dumping Act and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).

*tion qui autorisent la tenue d’une audience pour statuer sur l’existence d’une preuve crédible ou digne de foi sont rendues inopérantes par l’art. 52 de la Loi constitutionnelle — Défaut d’obtenir l’autorisation requise pour entamer les procédures — Il ne s’agit pas d’une «décision définitive» susceptible de a révision en vertu de l’art. 28.*

*Droit constitutionnel — Recours — Argument selon lequel la demande présentée sous le régime de l’art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale en vue d’obtenir la révision de la décision d’un tribunal chargé de se prononcer sur le statut de réfugié étant fondée sur l’art. 24 de la Charte, il ne faut pas tenir compte de l’obligation d’obtenir l’autorisation prévue par la Loi sur l’immigration — La prétention du requérant procède d’un faux raisonnement — Ayant choisi de demander une réparation aux termes de la Charte dans le cadre d’une instance autorisée par la Loi sur l’immigration, le requérant est lié par la condition préalable, soit l’obtention d’une autorisation — L’art. 24 permet d’accorder un redressement lorsque la Cour est régulièrement saisie.*

#### d 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. 24.  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 22.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33.  
*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. 28.  
*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46, 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19; L.C. 1990, chap. 8, art. 53).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Brennan c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 799; (1985), 85 CLLC 17,006; 57 N.R. 116 (C.A.); *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l’immigration)*, [1991] 3 C.F. 242 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Bains c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1990), 47 Admin L.R. 317; 8 Imm. L.R. (2d) 165; 109 N.R. 239 (C.A.F.); *Ferrow c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1983] 1 C.F. 679; (1983), 144 D.L.R. (3d) 364; [1983] 3 W.W.R. 289; 46 N.R. 299 (C.A.); *In re la Loi antidumping et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Mills v. The Queen*, [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.

## COUNSEL:

*Barbara L. Jackman* and *Gladys MacPherson* for applicant.  
*Donald A. MacIntosh* and *Deirdre A. Rice* for respondent.

## SOLICITORS:

*Jackman, Joseph & Associates*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

MAHONEY J.A.: The applicant was ordered to show cause why his section 28 application ought not be quashed because it was made without the leave required by subsection 82.1(1) of the *Immigration Act*<sup>1</sup> having been first sought and obtained and because it is directed at a decision not subject of review under section 28 of the *Federal Court Act*.<sup>2</sup> That decision was made by a tribunal consisting of an adjudicator and a member of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board conducting a proceeding under section 46 of the *Immigration Act* to determine whether there was any credible or trustworthy evidence on which the applicant might be found by the Division to be a Convention refugee. The applicant applied to the tribunal, pursuant to subsection 24(1) 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]], for a declaration that, either generally or in the particular circumstances, the provisions of the *Immigration Act* authorizing it to conduct the proceeding in issue were rendered inoperative by section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The tribunal held that they

## DÉCISION CITÉE:

*Mills c. La Reine*, [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.

<sup>a</sup> AVOCATS:

*Barbara L. Jackman* et *Gladys MacPherson* pour le requérant.  
*Donald A. MacIntosh* et *Deirdre A. Rice* pour l'intimé.

<sup>b</sup>

## PROCUREURS:

*Jackman, Joseph & Associates*, Toronto, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

<sup>c</sup>

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il a été ordonné au requérant de démontrer la raison pour laquelle sa demande fondée sur l'article 28 ne devait pas être annulée puisqu'elle a été faite sans l'autorisation préalable requise par le paragraphe 82.1(1) de la *Loi sur l'immigration*<sup>1</sup> et qu'elle vise une décision non susceptible de révision aux termes de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>2</sup>. Le tribunal, composé d'un arbitre et d'un membre de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, a rendu sa décision alors qu'il agissait en vertu de l'article 46 de la *Loi sur l'immigration* afin de statuer sur l'existence d'une preuve crédible ou digne de foi sur laquelle la section pouvait s'appuyer pour accorder au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention. Le requérant s'est adressé au tribunal, conformément au paragraphe 24(1) 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]], afin d'obtenir une déclaration portant que, soit en général ou en l'occurrence, les dispositions de la *Loi sur l'immigration* autorisant le tribunal à instruire l'instance en litige étaient rendues inopérantes par l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de*

<sup>e</sup><sup>f</sup><sup>g</sup><sup>h</sup><sup>i</sup>

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-2, as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. F-7.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. I-2, édicté par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19; L.C. 1990, chap. 8, art. 53.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. F-7.

were not rendered inoperative and then proceeded to determine that there was no such credible or trustworthy evidence.

Four other matters were argued together with this and a fifth serially to it. In each, the section 28 originating notice had been filed without leave having first been obtained and in each it had been decided, in the course of the proceedings below, that section 52 did not operate to preclude a continuation of those proceedings. In *Sankar v. M.E.I.*, file A-857-91, a show cause order had also been issued and the proceedings below were before a tribunal. In *Santana v. M.E.I.*, file A-761-91, a show cause order had been made but the section 28 application concerned the decision of an adjudicator alone conducting an inquiry under section 44 of the Transitional Provisions of the Act. In *Savicoglu v. M.E.I.*, file A-747-91 and *Ramnath et al. v. M.E.I.*, file A-765-91, the proceedings below were conducted under section 46 of the Act but the matters were before us on motions by the respondent to quash, not show cause orders. Finally, in the case heard serially, file A-696-91, which was before us on a show cause order and is subject of a protective order, the proceedings were before the Convention Refugee Determination Division itself under section 69.1 of the Act and have not been concluded, as have the others, by a decision as to the right of that applicant to remain in Canada.

None of those differences are material to the issues now required to be dealt with. The jurisdiction of the decision-making body to make the section 52 decision is not presently in issue. In each case, the section 52 decision was sought because of alleged delay in processing a refugee claim and the consequent alleged violation of rights guaranteed by sections 7 and 12 of the Charter. The issues are:

1982 *sur le Canada*, 1982, chap 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Le tribunal a conclu qu'elles n'étaient pas inopérantes et il a alors statué que la preuve n'était pas crédible ou digne de foi.

a

Les débats ont également porté sur quatre autres questions, et une cinquième par la suite. Pour chacune d'elles, l'avis introductif d'instance de l'article 28 a été déposé sans qu'une autorisation ne soit d'abord obtenue, et dans chacune d'elles, il a été décidé, au cours de la procédure en première instance, que l'article 52 n'avait pas pour effet d'empêcher la continuation de celles-ci. Dans l'affaire *Sankar c. M.E.I.*, dossier A-857-91, une ordonnance justificative a également été rendue, et un tribunal a été saisi de la procédure en première instance. Dans l'affaire *Santana c. M.E.I.*, dossier A-761-91, une ordonnance justificative a été rendue, mais la demande fondée sur l'article 28 visait la décision prise par un arbitre seul tenant une enquête en vertu de l'article 44 des dispositions transitoires de la Loi. Dans les affaires *Savicoglu c. M.E.I.*, dossier A-747-91 et *Ramnath et autres c. M.E.I.*, dossier A-765-91, la procédure en première instance a été tenue en vertu de l'article 46 de la Loi, mais nous avons été saisis des questions au moyen de requêtes en annulation de l'intimé, et non en vertu d'ordonnances justificatives. Enfin, dans l'affaire entendue par la suite, dossier A-696-91, dont nous avons été saisis en vertu d'une ordonnance justificative et qui est assujettie à une ordonnance préventive, la procédure a été soumise à la section du statut de réfugié elle-même en vertu de l'article 69.1 de la Loi et elle ne s'est pas soldée, contrairement aux autres, par une décision statuant sur le droit du requérant à demeurer au Canada.

b

Ces différences ne sont pas essentielles aux questions qu'il faut maintenant trancher. La compétence de l'organisme doté du pouvoir décisionnel de trancher une question en vertu de l'article 52 n'est pas en litige en l'espèce. Dans chaque cas, on a demandé qu'une décision soit rendue conformément à l'article 52 en raison d'un présumé retard dans le traitement de la revendication du statut de réfugié, et donc de ce qui serait la violation présumée des droits garantis par les articles 7 et 12 de la Charte. Les questions sont les suivantes:

c

d

e

f

g

h

i

j

1. Does the requirement of section 82.1 of the *Immigration Act* apply to require an applicant to seek and obtain leave to commence a proceeding under section 28 of the *Federal Court Act* when the decision sought to be set aside is either a refusal to declare inoperative the legislative provisions from which the decision-making body derives its authority or a refusal to invoke a constitutional exception in the particular circumstances; and

2. Is such a decision a “final decision” and thus subject to review under section 28?

In *Bains v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*,<sup>3</sup> the Court held that the requirement of section 83.1 of the Act that leave to appeal be obtained did not impair rights guaranteed refugee claimants under either section 7 or 15 of the Charter. The applicant, however, argues that the fact that the decision sought to be set aside is a determination of Charter guaranteed rights, not rights arising under the *Immigration Act*, distinguishes the present case from *Bains*. He argues that while the 28 application concerns the *Immigration Act* it is not brought under it; rather it is brought under section 24 of the Charter and the leave requirement of the *Immigration Act* cannot impede it.

In my opinion there is a transparent fallacy in the basic assumption on which the applicant’s argument is premised. The remedy sought is certainly about the *Immigration Act* but, equally, it is sought under the *Immigration Act* because it is section 82.1 of that Act<sup>4</sup> as well as section 28 of the *Federal Court Act* that authorizes the proceeding the applicant has purported to initiate. Section 82.1 expressly modifies the right to seek judicial review otherwise provided by section 28. This Court can no more ignore section 82.1 in dealing with an application under section 28 seeking to set aside a decision or order made under

<sup>3</sup> (1990), 47 Admin. L.R. 317 (F.C.A.).

<sup>4</sup> 82.1 (1) An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court—Trial Division or Federal Court of Appeal, as the case may be.

1. L’exigence de l’article 82.1 de la *Loi sur l’immigration* oblige-t-elle le requérant à demander et à obtenir l’autorisation d’introduire une instance aux termes de l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* lorsque la décision qu’il désire faire annuler est soit un refus de déclarer inopérantes les dispositions législatives dont l’organisme décisionnel tire son pouvoir ou un refus d’exciper d’une exception d’ordre constitutionnel dans les circonstances de l’espèce;

2. S’agit-il d’une «décision définitive» susceptible d’une révision en vertu de l’article 28?

Dans l’arrêt *Bains c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*<sup>3</sup>, la Cour a jugé que l’obligation d’obtenir l’autorisation d’en appeler prévue à l’article 83.1 de la Loi ne porte pas atteinte aux droits garantis aux revendicateurs de statut de réfugié par les articles 7 ou 15 de la Charte. Le requérant prétend toutefois que puisque la décision attaquée porte sur des droits garantis par la Charte et non sur des droits découlant de la *Loi sur l’immigration*, la présente affaire se distingue de l’affaire *Bains*. Il prétend que bien que la demande fondée sur l’article 28 concerne la *Loi sur l’immigration*, elle n’est pas soumise en vertu de cette Loi; elle l’est plutôt en vertu de l’article 24 de la Charte et l’obligation d’obtenir une autorisation prévue par la *Loi sur l’immigration* ne peut y faire obstacle.

À mon avis, l’hypothèse fondamentale sur laquelle le requérant appuie sa prétention procède d’un faux raisonnement évident. La réparation recherchée concerne certainement la *Loi sur l’immigration*, mais elle est également recherchée en vertu de cette Loi puisque son article 82.1<sup>4</sup>, et l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* autorisent la tenue de l’instance que le requérant a prétendu introduire. L’article 82.1 modifie expressément le droit de demander une révision judiciaire par ailleurs prévu à l’article 28. Cette Cour doit tout autant tenir compte de l’article 82.1 lorsqu’elle est saisie d’une demande fondée sur l’article

<sup>3</sup> (1990), 47 Admin. L.R. 317 (C.A.F.).

<sup>4</sup> 82.1 (1) La présentation d’une demande de contrôle judiciaire aux termes 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.

the *Immigration Act* than, for example, it can ignore the privative provisions of subsection 22(1) of the *Canada Labour Code*<sup>5</sup> in dealing with a section 28 application seeking to set aside a decision under Part I of the Code. Having chosen to seek his Charter remedy by a proceeding authorized by the *Immigration Act* rather than, for example, suing for a declaration of those rights, the applicant is bound by the condition precedent that he obtain leave to so proceed. It is well established that neither subsection 24(1) of the Charter nor subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* of themselves give jurisdiction to a Court.<sup>6</sup> Rather subsection 24(1) gives a remedial power, and subsection 52(1) a declaratory power, to be exercised in disposing of matters properly before the Court. A decision or order, whether it concerns the Constitution or not, is made under the *Immigration Act* when it is made by a tribunal that derives its authority to make decisions or orders from that Act. In the absence of leave obtained, this Court is without jurisdiction to entertain a section 28 application in respect of a decision or order made under the *Immigration Act*.

The remaining issue is whether the decision that section 52 did not render inoperative the provisions of the *Immigration Act* under which the particular tribunal was proceeding was a "decision" within the contemplation of section 28 at all. The authorities to that time were extensively canvassed in *Ferrow v. Minister of Employment and Immigration*.<sup>7</sup> Thurlow C.J., delivering the judgment of the Court, adopted, at page 687, an earlier statement of the law.

... that what is meant by "decision or order" in [subsection 28(1) of] the *Federal Court Act* is the ultimate decision or order taken or made by the tribunal under its statute.

The applicant sees, in more recent decisions, a departure from that definition. He is right.

<sup>5</sup> R.S.C., 1985, c. L-2.

<sup>6</sup> *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

<sup>7</sup> [1983] 1 F.C. 679 (C.A.).

28 cherchant à annuler une décision ou ordonnance rendue en application de la *Loi sur l'immigration*, qu'elle doit tenir compte, notamment, des dispositions privatives du paragraphe 22(1) du *Code canadien du travail*<sup>5</sup> lorsqu'elle est saisie d'une demande fondée sur l'article 28 visant à faire annuler une décision rendue en vertu de la Partie I du Code. Puisqu'il a choisi de demander une réparation aux termes de la Charte dans le cadre d'une instance autorisée par la *Loi sur l'immigration* plutôt que, par exemple, d'introduire une action afin d'obtenir une déclaration portant sur ces droits, le requérant est lié par la condition préalable selon laquelle il est tenu d'obtenir une autorisation pour procéder ainsi. Il est bien établi que ni le paragraphe 24(1) de la Charte ni le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne rendent d'eux-mêmes un tribunal compétent<sup>6</sup>. Le paragraphe 24(1) prévoit plutôt un pouvoir de réparation et le paragraphe 52(1) un pouvoir de déclaration qui doivent être exercés par la Cour lorsqu'elle se prononce sur les questions dont elle est régulièrement saisie. Une décision ou ordonnance, qu'elle porte sur la Constitution ou non, est rendue en application de la *Loi sur l'immigration* lorsqu'elle est rendue par un tribunal tirant son pouvoir décisionnel de cette Loi. En l'absence d'une autorisation, cette Cour n'est pas compétente à entendre une demande fondée sur l'article 28 à l'égard d'une décision ou ordonnance rendue en application de la *Loi sur l'immigration*.

La dernière question à trancher consiste à savoir si la décision selon laquelle l'article 52 ne rendait pas inopérantes les dispositions de la *Loi sur l'immigration* en vertu desquelles le tribunal en question agissait était en fait une «décision» au sens de l'article 28. La jurisprudence antérieure a été examinée minutieusement dans l'arrêt *Ferrow c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*<sup>7</sup>. Le juge en chef Thurlow, se prononçant au nom de la Cour, a adopté, à la page 687, un exposé antérieur du droit selon lequel

... dans le contexte de la *Loi sur la Cour fédérale* [paragraphe 28(1)], il s'agit d'une décision ou ordonnance ultime prise ou rendue par le tribunal en vertu de sa constitution.

Le requérant croit, à juste titre, que les jugements plus récents s'écartent de cette définition.

<sup>5</sup> L.R.C. (1985), chap. L-2.

<sup>6</sup> *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

<sup>7</sup> [1983] 1 C.F. 679 (C.A.).

He refers to *Armada Communications Ltd. v. Adjudicator (Immigration Act)*,<sup>8</sup> which dealt with the decision of an adjudicator to exclude members of the press and public who wished to be present at an inquiry. The applicants there were representatives of the media. The decision to exclude them was finally determinative of all their substantive rights in so far as the inquiry was concerned even though it was not the ultimate decision authorized to be made by the adjudicator.

He also refers to *Brennan v. The Queen*,<sup>9</sup> where, in dissent on the point, Thurlow C.J., reiterated the conclusion he had reached in *Ferrow*. That case was concerned with the decision of a Review Tribunal constituted under the *Canadian Human Rights Act*,<sup>10</sup> which had reversed the finding of a Tribunal that the employer of the person found to have committed a discriminatory act was not, itself, responsible for that act. The Tribunal and Review Tribunal had dealt only with the liability of the discriminating employee and his employer and not with the complainant's entitlement to damages.

MacGuigan J.A., accepted, as the "best analysis of the relevant policy considerations in play" [at page 832], the following statement by Jackett C.J., in *In re Anti-dumping Act and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*<sup>11</sup>

In my view, the object of sections 18 and 28 of the *Federal Court Act* is to provide a speedy and effective judicial supervision of the work of federal boards, commissions and other tribunals with a minimum of interference with the work of those tribunals. Applying section 11 of the *Interpretation Act*, with that object in mind, to the question raised by these section 28 applications, it must be recognized that the lack of a right to have the Court review the position taken by a tribunal as to its jurisdiction or as to some procedural matter, at an early stage in a hearing, may well result, in some cases, in expensive hearings being abortive. On the other hand, a right, vested in a party who is reluctant to have the tribunal finish its job, to have the Court review separately each position taken, or ruling made, by a tribunal in the course of a long hearing would, in

Il fait référence à l'arrêt *Armada Communications Ltd. c. Arbitre (Loi sur l'immigration)*<sup>8</sup>, qui traitait de la décision d'un arbitre d'exclure les membres de la presse et le public qui désiraient assister à une enquête. Les requérants, dans ce cas, étaient des représentants des média. Par sa décision de les exclure, l'arbitre a statué définitivement sur tous leurs droits fondamentaux relativement à l'enquête, bien qu'il ne s'agît pas de la décision finale qu'il était autorisé à rendre.

Le requérant renvoie également à l'arrêt *Brennan c. La Reine*<sup>9</sup>, dans lequel, dissident sur le point, le juge en chef Thurlow a réitéré la conclusion à laquelle il était arrivé dans l'arrêt *Ferrow*. Cette affaire portait sur une décision rendue par un tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>10</sup>, ayant infirmé la conclusion d'un tribunal selon laquelle l'employeur de la personne reconnue coupable d'avoir commis des actes discriminatoires n'est pas lui-même responsable de ces actes. Le tribunal et le tribunal d'appel n'ont traité que de la responsabilité de l'employé qui a agi de façon discriminatoire et de celle de son employeur, et non du droit de la plaignante à être indemnisée.

Le juge MacGuigan, J.C.A., a vu [à la page 832] dans la déclaration suivante faite par le juge en chef Jackett dans l'arrêt *In re la Loi antidumping et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*<sup>11</sup> la «meilleure analyse des considérations de principe en jeu»:

À mon avis le but des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* est de fournir un contrôle judiciaire rapide et efficace des travaux des offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux avec une ingérence minimale dans ces travaux. Si, en tenant compte de ce point de vue, on applique l'article 11 de la *Loi d'interprétation* à la question soulevée par les demandes fondées sur l'article 28, il faut reconnaître que le fait que la Cour n'a pas le pouvoir d'examiner la position prise par un tribunal quant à sa propre compétence ou quant à des questions de procédure au tout début de l'audience peut entraîner, dans certains cas, la tenue d'auditions coûteuses qui seraient sans issue. Par contre, si une des parties, peu désireuse de voir le tribunal s'acquitter de sa tâche, avait le droit de demander à la Cour d'examiner séparément chaque position prise ou chaque

<sup>8</sup> [1991] 3 F.C. 242 (C.A.).

<sup>9</sup> [1984] 2 F.C. 799 (C.A.).

<sup>10</sup> S.C. 1976-77, c. 33.

<sup>11</sup> [1974] 1 F.C. 22 (C.A.), at p. 34.

<sup>8</sup> [1991] 3 C.F. 242 (C.A.).

<sup>9</sup> [1984] 2 C.F. 799 (C.A.).

<sup>10</sup> S.C. 1976-77, chap. 33.

<sup>11</sup> [1974] 1 C.F. 22 (C.A.), à la p. 34.

effect, be a right vested in such a party to frustrate the work of the tribunal.

MacGuigan J.A., concluded on this issue, at page 833,

I therefore hold that the partial decision by the Review Tribunal here, since it is clearly intended to be a final decision on the issues considered, is a reviewable decision under subsection 28(1) of the *Federal Court Act*. This is not to say that any intermediate decision of a tribunal qualifies for review under subsection 28(1), but rather that a clearly final decision on all issues short only of the remedy or relief should so qualify, since by such a decision the substantive question before the tribunal is finally disposed of.

Pratte J.A., while he did not subscribe to the reasons of MacGuigan J.A., did agree that the decision was reviewable under section 28.

A decision is reviewable under section 28 not only, as held by the earlier jurisprudence, if it is the decision the tribunal has been mandated by Parliament to make, but also if it is a final decision that disposes of a substantive question before the tribunal. There may be more than one substantive question before a tribunal and, as in *Brennan*, the tribunal may so conduct its proceedings that it finally decides one of them to the exclusion of one or more others. That is not what the present tribunal did.

A constitutional question, inherently important as it is, is not necessarily a substantive question before a given tribunal and, in my opinion, the constitutional question was not among the substantive questions before the tribunal here. It went to the right of the tribunal to conduct its proceedings, not to any substantive right of the applicant that was in issue. All it finally decided was that the proceeding would continue. Since the decision of the tribunal as to the constitutional question was not a final decision within the contemplation of subsection 28(1), the decision is not subject to section 28 review.

I would quash the section 28 application in each of these cases for want of jurisdiction in the Court to entertain it by reason both of the absence of leave to

décision rendue par un tribunal, lors de la conduite d'une longue audience, elle aurait en fait le droit de faire obstacle au tribunal.

<sup>a</sup> Le juge MacGuigan, J.C.A., a tranché la question à la page 833:

<sup>b</sup> Je statue donc que, parce qu'elle était manifestement destinée à constituer une décision finale sur les questions examinées, la décision partielle du tribunal d'appel en l'espèce peut faire l'objet d'un examen en vertu du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cela ne signifie pas que toute décision interlocutoire d'un tribunal peut faire l'objet d'un examen en vertu du paragraphe 28(1), mais plutôt qu'une décision qui tranche manifestement toutes les questions soumises sauf celle relative à la réparation ou à l'indemnisation devrait faire l'objet d'un tel examen étant donné que, par cette décision, le tribunal tranche de manière définitive la question de fond dont il a été saisi.

<sup>c</sup> Le juge Pratte, J.C.A., bien que ne souscrivant pas aux motifs du juge MacGuigan, J.C.A., a toutefois convenu que la décision était susceptible de révision aux termes de l'article 28.

<sup>d</sup> Une décision est susceptible de révision aux termes de l'article 28 non seulement, comme la jurisprudence antérieure l'a énoncé, s'il s'agit d'une décision que, par ordre du Parlement, le tribunal est tenu de rendre, mais aussi s'il s'agit d'une décision définitive qui tranche une question fondamentale soumise au tribunal. Celui-ci peut être saisi de plus d'une question fondamentale et, à l'instar de l'affaire *Brennan*, il peut instruire une affaire de façon à ne trancher que l'une d'elles à l'exclusion d'une ou de plusieurs autres. Le tribunal en l'espèce n'a pas agi ainsi.

<sup>e</sup> La question constitutionnelle, importante en elle-même, n'est pas nécessairement une question fondamentale soumise à un tribunal donné et, à mon avis, elle ne faisait pas partie des questions fondamentales soumises au tribunal en l'espèce. Elle portait sur le droit du tribunal de diriger ses procédures, et non sur les droits fondamentaux en litige garantis au requérant. Le tribunal s'est finalement contenté de décider que l'instance se poursuivrait. Puisque la décision du tribunal à l'égard de la question constitutionnelle n'était pas définitive au sens du paragraphe 28(1), elle n'est pas susceptible de révision aux termes de l'article 28.

<sup>f</sup> Je serais d'avis d'annuler la demande fondée sur l'article 28 dans chaque cas au motif que la Cour n'est pas compétente à l'entendre en raison de l'ab-

commence the proceeding and the decision sought to be set aside not being a decision subject of review under section 28. Except as to file A-696-91, I would make the order quashing the application without prejudice to the right of each applicant, if so advised, to seek an extension of time to apply for leave to bring a section 28 application in respect of the final decision of the tribunal. I would further order that a copy of these reasons be filed in each of the other matters above referred to and serve as the reasons for judgment therein.

DESJARDINS J.A.: I concur.

LINDEN J.A.: I agree.

sence d'autorisation d'introduire l'instance et du fait que la décision qu'on cherche à faire annuler n'est pas susceptible de révision aux termes de l'article 28. À l'exception du dossier A-696-91, je serais d'avis de rendre l'ordonnance annulant la demande sans porter atteinte au droit de chaque requérant, s'il le juge opportun, de solliciter une prorogation de délai en vue de demander l'autorisation de présenter une demande fondée sur l'article 28 à l'égard de la décision définitive rendue par le tribunal. J'ordonnerais également qu'une copie de ces motifs soit déposée dans chaque affaire mentionnée ci-dessus à titre de motifs du jugement.

<sup>a</sup> LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

<sup>b</sup> LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.