

A-1161-88

A-1161-88

Gurjinder Kaur (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)INDEXED AS: *KAUR v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Desjardins J.J.A.—Toronto, August 25; Ottawa, December 4, 1989.

Immigration — Applicant found to be member of inadmissible class upon withdrawal of refugee claim — Exclusion order issued — Immigration Act, s. 35 permitting reopening of inquiry to hear additional evidence and amendment of any decision previously given by adjudicator — Uncontradicted affidavit evidence withdrawal of refugee claim made due to fear of violence at hands of ex-husband — Whether evidence of duress constituting "additional evidence" under s. 35 — Meaning of "decision" in s. 35(1) — Whether Adjudicator authorized to reopen inquiry to correct error in natural justice under Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Adjudicator's refusal to reopen inquiry set aside.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Application to reopen inquiry under Immigration Act to adduce evidence of duress under which claim to refugee status withdrawn, resulting in finding applicant member of inadmissible class and exclusion order — Ex-husband subjecting applicant to emotional and physical abuse — Threatening death if abuse disclosed — Withdrawal of claim due to desire to escape immediate danger — Applicant effectively deprived of rights to counsel and to make informed and independent decision — Exclusion order unfair and breach of Charter, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Withdrawal, under duress, of refugee claim — Adjudicator correctly refusing to reopen inquiry under Immigration Act, s. 35 — Withdrawal, under duress, of refugee claim — Duty under Constitution Act, 1982, s. 52 to reopen as Charter, s. 7 rights contravened — Duty not to apply limitations in Immigration Act, 1976, ss. 35(10) and 45(1) to extent legislation contravening Charter s. 7 rights — Proper case for "exemption" or "reading out" — Legislation remaining in force, but not applied to individual whose Charter rights infringed.

This was an application to review and set aside the Adjudicator's refusal to reopen an inquiry under the *Immigration Act, 1976*. The applicant had obtained a divorce on the ground of

Gurjinder Kaur (requérante)

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)RÉPERTORIÉ: *KAUR c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Desjardins, J.C.A.—Toronto, 25 août; Ottawa, 4 décembre 1989.

Immigration — La requérante a été déclarée membre d'une catégorie non admissible après le retrait de sa revendication du statut de réfugiée — Délivrance d'une ordonnance d'exclusion — L'art. 35 de la Loi sur l'immigration permet de rouvrir l'enquête à l'effet d'entendre de nouveaux témoignages et de modifier la décision antérieure de l'arbitre — L'affidavit non contesté de la requérante déclare que le retrait de sa revendication du statut de réfugiée est imputable à la crainte des coups de la part de son ex-mari — La preuve des mauvais traitements constitue-t-elle d'«autres preuves» au sens de l'art. 35? — Sens du mot «décision» à l'art. 35(1) — L'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 autorise-t-il à rouvrir l'enquête pour rectifier un déni de justice naturelle? — Annulation du refus de l'arbitre de rouvrir l'enquête.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Suite à la demande de réouverture de l'enquête en vertu de la Loi sur l'immigration afin de présenter des preuves des mauvais traitements à la source du retrait de la demande de statut de réfugiée, la requérante a été déclarée membre d'une catégorie non admissible et elle a fait l'objet d'une ordonnance d'exclusion — L'ex-mari de la requérante lui faisait subir des sévices et de la violence psychologique — Il la menaçait de mort si elle révélait la violence dont elle était victime — Retrait de la demande dû au désir d'échapper à un danger immédiat — La requérante a été effectivement privée de son droit de retenir les services d'un conseil et de prendre une décision éclairée — L'ordonnance d'exclusion est injuste et elle viole l'art. 7 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Retrait, sous la contrainte, de la revendication du statut de réfugiée — L'arbitre a à bon droit refusé de rouvrir l'enquête en vertu de l'art. 35 de la Loi sur l'immigration — Retrait, sous la contrainte, de la revendication du statut de réfugiée — Obligation en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 de rouvrir l'enquête car il y a eu violation des droits garantis à l'art. 7 de la Charte — Obligation de ne pas imposer les restrictions inhérentes aux art. 35(1) et 45(1) de la Loi sur l'immigration de 1976 dans la mesure où ces dispositions contreviennent aux droits conférés à l'art. 7 de la Charte — L'espèce donne lieu à une «exemption» ou «omission» — La mesure législative reste en vigueur, sans toutefois s'appliquer à celui dont les droits garantis par la Charte ont été violés.

Il s'agit d'une demande visant la révision et l'annulation du refus de l'arbitre de rouvrir une enquête en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976*. La requérante avait obtenu un divorce

physical and emotional abuse. Fearing persecution for his political activities, her ex-husband fled India and came to Canada, where he claimed refugee status. The applicant began experiencing difficulties with the Indian authorities. She came to Canada, indicating at the port of entry that she intended to claim refugee status. She went to live with her ex-husband and his girl friend at a Sikh farm. She was frequently and severely beaten by him and allowed neither to telephone nor to leave the farm. The night before the inquiry, her ex-husband told her that she was free to return to India but he threatened to kill her if she revealed that he had mistreated her. Her son attended the inquiry as a spy for her ex-husband. The applicant expressed a wish to return to India and the hearing was adjourned. Upon resumption of the inquiry, the applicant indicated that she did not want to claim refugee status and reiterated her desire to return to India. The Adjudicator found her to be a member of an inadmissible class and pronounced an exclusion order. The applicant eventually escaped from the farm and found refuge in a women's shelter. In her affidavit in support of the request to reopen the inquiry, she explained that her desire to return to India had been motivated by the need to escape the more immediate danger posed by her ex-husband, and that her son's presence at the inquiry, together with her fear of her ex-husband, had placed her under duress. She had been confused about the immigration process and was without legal representation. Section 35 of the *Immigration Act, 1976* permits reopening an inquiry to hear additional evidence, and the confirmation, amendment or reversal of any decision previously given by an adjudicator. The Adjudicator refused to reopen on the ground that the information sought to be introduced did not constitute "additional evidence or testimony". He also held that he did not have authority to reopen the inquiry to correct an error in natural justice.

Held, the application should be allowed.

Per Heald J.A. (Mahoney J.A. concurring): The Adjudicator did not err in refusing to reopen the inquiry under section 35 of the Act. The "decision" in subsection 35(1) is not the order that was made at the conclusion of the inquiry, but the determination that a person is or is not either described in subsection 14(1) or admissible or described in section 27. The decision under attack was the Adjudicator's refusal to reopen the inquiry. The purpose of reopening was to adduce evidence to prove a denial of natural justice which was not apparent on the face of the record. If subsections 35(1) and (2) are read together and in context, the parameters of subsection 35(1) are restricted to new evidence which may warrant a change or reversal of the earlier decision. The proposed new evidence was directed at the illegality of the deportation order, rather than at the validity of the decision which led to the deportation order.

This was, however, a case for relief in view of a contravention of section 7 of the Charter. Due to the duress exerted upon the applicant by her former husband during the inquiry, she was effectively deprived of her right to be represented by independent counsel and of the ability to make a free, informed and

pour sévices et violence psychologique. Craignant d'être persécuté pour ses activités politiques, son ex-mari avait fui l'Inde pour le Canada, où il a revendiqué le statut de réfugié. La requérante a commencé à avoir des problèmes avec les autorités indiennes. Elle est venue au Canada, laissant savoir au point d'entrée qu'elle entendait revendiquer le statut de réfugiée. Elle est allée vivre sur une ferme sikh avec son ex-époux et la compagne de ce dernier. Elle était souvent battue ou maltraitée durement par son ex-mari, qui lui interdisait de téléphoner et de quitter la ferme. La nuit qui a précédé l'enquête, l'ex-mari de la requérante lui a dit qu'elle était libre de retourner en Inde, mais il l'a menacée de la tuer si elle révélait les mauvais traitements qu'il lui avait infligés. Son fils a assisté à l'enquête comme espion de son père. La requérante a exprimé le souhait de retourner en Inde et l'audience a été ajournée. À la reprise de l'enquête, la requérante a déclaré qu'elle ne voulait pas revendiquer le statut de réfugiée, et elle a réitéré son intention de retourner en Inde. L'arbitre a conclu qu'elle faisait partie d'une catégorie non admissible et il a rendu une ordonnance d'exclusion. La requérante s'est plus tard enfuie de la ferme et elle a été accueillie dans un refuge pour femmes. Dans son affidavit à l'appui de sa demande de réouverture d'enquête, elle a expliqué que son désir de retourner en Inde avait été motivé par le besoin d'échapper au danger plus immédiat que représentait son ex-époux, et que la présence de son fils à l'enquête, aussi bien que la peur que lui inspirait son ex-mari, avaient exercé une pression sur elle. Elle ne savait pas à quoi s'en tenir sur le processus de l'immigration et elle n'était pas représentée par un conseil. Selon l'article 35 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, une enquête peut être réouverte afin d'entendre de nouveaux témoignages, et l'arbitre peut alors confirmer, modifier ou révoquer la décision antérieure. L'arbitre a refusé la réouverture au motif que les renseignements que la requérante voulait présenter ne constituaient pas «de nouveaux témoignages... et d'autres preuves». Il a aussi conclu qu'il n'était pas habilité à rouvrir l'enquête pour corriger un déni de justice naturelle.

Arrêt: la demande devrait être accueillie.

Le juge Heald, J.C.A. (le juge Mahoney, J.C.A., souscrit aux motifs): L'arbitre n'a pas commis d'erreur en refusant de rouvrir l'enquête en application de l'article 35 de la Loi. La «décision» visée au paragraphe 35(1) n'est pas l'ordonnance rendue à l'issue de l'enquête, mais la décision concluant qu'une personne est soit visée ou non au paragraphe 14(1), soit admissible ou non, soit visée ou non à l'article 27. La décision contestée était le refus de l'arbitre de rouvrir l'enquête. Le but de la réouverture était la production d'éléments de preuve pour démontrer l'existence d'un déni de justice naturelle qui n'était pas manifeste au vu du dossier. Si l'on considère simultanément et selon le contexte les paragraphes 35(1) et 35(2), il en ressort que les paramètres du paragraphe 35(1) ne vont pas au-delà de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification ou la révocation de la décision antérieure. Les éléments de preuve que l'on voulait produire s'en prenaient à l'illégalité de l'ordonnance d'expulsion plutôt qu'à la validité de la décision à la source de cette ordonnance.

L'espèce donne toutefois clairement lieu à réparation étant donné la violation de l'article 7 de la Charte. En raison de la contrainte que son ex-mari exerçait sur elle au cours de l'enquête, la requérante a été effectivement privée de son droit à un conseil indépendant, et aussi de la possibilité de prendre une

independent decision respecting a claim to refugee status. The exclusion order was, in the circumstances, manifestly unfair and contrary to Charter section 7.

The Adjudicator had jurisdiction to reopen the inquiry pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and a duty not to apply the limitations inherent in subsections 35(1) and 45(1) of the *Immigration Act, 1976*, to the extent that this legislation contravened the applicant's section 7 rights. Subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that any law that is inconsistent with the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency.

This was a clear case for an "exemption" whereby the legislation remains in force, but is not applied to a person whose Charter rights have been infringed through the application of the legislative provisions to her situation.

Per Desjardins J.A. (concurring in the result): The pressures on the applicant were such that she was not free to speak about her situation and was unable to retain counsel to assist her in her choices. Duress vitiates consent in ordinary contractual situations. Likewise, the option expressed by the applicant at the hearing could not stand. Her affidavit constituted "additional evidence" within subsection 35(1). Once it was brought to the Adjudicator's attention, he had jurisdiction under that section to reopen the inquiry. He had no choice but to annul the applicant's earlier option and to place the parties where they stood at the beginning. Once the state of mind of the applicant was expressed freely, the Adjudicator had only the powers of subsection 35(1), i.e. to "confirm, amend or reverse any decision previously given" by him. The word "decision" has the meaning given to it by this Court in *Gray v. Fortier* (a determination that the applicant is or is not a member of an inadmissible class). The Adjudicator's determination that the applicant was in violation of paragraph 19(2)(d) will probably be confirmed since, even with this additional evidence, the applicant remains a member of an inadmissible class. The Adjudicator, pursuant to subsection 45(1), will have a duty to adjourn the inquiry because of her refugee claim. He will not have jurisdiction to quash the exclusion order because of the limited jurisdiction he has under subsection 35(2). It is only when he amends or reverses a decision under subsection 35(1) that he may quash an order. *Gray v. Fortier* should be distinguished in part. There, the aim was to quash the deportation order, which could only be accomplished under subsection 35(2) if the evidence warranted a change or reversal of the decision. If the words of Pratte J.A., that a reopening can only be granted when additional evidence may warrant a change or reversal of a decision previously given, set one rule for all cases, the word "confirm" in subsection 35(1) could seldom apply. More often than not, a reopening for a confirmation could become an exercise in futility. This was not so here. The evidence contains information of a fundamental nature which could nullify a large part of the earlier evidence, which because of subsection 45(1) might change the course of the inquiry.

décision libre et éclairée relativement à la revendication du statut de réfugiée. L'ordonnance d'exclusion était, dans les circonstances, manifestement injuste et contraire à l'article 7 de la Charte.

^a L'arbitre était habilité à rouvrir l'enquête en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il était tenu de ne pas imposer les restrictions inhérentes aux paragraphes 35(1) et 45(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, dans la mesure où ces dispositions contreviennent aux droits conférés à la requérante par l'article 7. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

^b Il y avait clairement lieu à une «exemption», situation dans laquelle la mesure législative reste en vigueur, sans toutefois s'appliquer à une personne dont les droits garantis par la Charte ont été violés par l'application de dispositions législatives à la situation qui est la sienne.

^c Le juge Desjardins, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): En raison des pressions exercées sur elle, la requérante n'avait pas la liberté de parler de sa situation et elle était incapable de retenir les services d'un conseil qui l'aurait aidée à faire un choix. Dans un cadre contractuel normal, la contrainte vicie le consentement. De la même manière, le choix que la requérante a exprimé à l'audience ne peut être valide. Son affidavit constitue «de nouveaux témoignages et ... d'autres preuves» au sens du paragraphe 35(1). Une fois ces éléments portés à l'attention de l'arbitre, celui-ci, en vertu de cet article, est compétent à rouvrir l'enquête. Il n'a d'autre possibilité que d'annuler le choix antérieur de la requérante et de placer les parties dans la situation où elles se trouvaient au départ. Une fois que la requérante a exprimé son choix librement, l'arbitre n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui confère le paragraphe 35(1), savoir «confirmer, modifier ou révoquer ... [sa] décision antérieure». Le sens du mot «décision» est celui que lui a donné cette Cour dans l'arrêt *Gray c. Fortier* (conclusion portant que la requérante appartient ou non à une catégorie non admissible). La conclusion de l'arbitre que la requérante ne satisfait pas aux exigences de l'alinéa 19(2)d) sera probablement confirmée puisque, même avec la nouvelle preuve qui est présentée, la requérante continue d'appartenir à une catégorie non admissible. L'arbitre aura, sous le régime du paragraphe 45(1), le devoir d'ajourner l'enquête en raison de la demande du statut de réfugiée de la requérante. Vu la limitation de la compétence conférée à l'arbitre au paragraphe 35(2), celui-ci ne sera pas habilité à annuler l'ordonnance d'exclusion. Il ne peut infirmer une ordonnance que lorsqu'il modifie ou révoque une décision en vertu du paragraphe 35(1). L'arrêt *Gray c. Fortier* doit être distingué en partie. Dans cette affaire, on cherchait à infirmer une ordonnance d'expulsion, ce que l'on ne pouvait faire en vertu du paragraphe 35(2) que si la preuve était susceptible de justifier la modification ou la révocation de la décision. Dans l'hypothèse où les propos du juge Pratte, J.C.A., selon lesquels une réouverture peut seulement être accordée si des éléments de preuve additionnels sont susceptibles de justifier la modification ou la révocation de la décision antérieure, devaient être considérés comme établissant une règle unique et universelle, le mot «confirmer» du paragraphe 35(1) se verrait rarement appliqué. Plus souvent qu'autrement, la réouverture de l'enquête pour obtenir une confirmation risquerait de se révéler un exercice futile. Tel n'est pas le cas en l'espèce. La preuve comporte des

renseignements fondamentaux qui pourraient annuler une grande partie de la preuve déjà produite et qui, par le jeu du paragraphe 45(1), seraient susceptibles de modifier le cours de l'enquête.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), s. 52(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 28.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 14(3), 19(2)(d), 20, 32, 35, 40(1), 45(1), 70(1), 104(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Gray v. Fortier, [1985] 2 F.C. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Mattia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (T.D.); *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487 (C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Re Shewchuck and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al., Intervenors* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; [1986] 4 W.W.R. 289; 2 B.C.L.R. (2d) 324; 1 R.F.L. (3d) 337; (B.C.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.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Seaboyer and The Queen; Re Gayme and the Queen* (1987), 37 C.C.C. (3d) 53 (Ont. C.A.).

DISTINGUISHED:

Minister of Employment and Immigration v. Hudnik, [1980] 1 F.C. 180; (1979), 103 D.L.R. (3d) 308 (C.A.).

AUTHORS CITED

Gibson, Dale *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1986.

a 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. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 52(1).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 28.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 14(3), 19(2)(d), 20, 32, 35, 40(1), 45(1), 70(1), 104(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Gray c. Fortier, [1985] 2 C.F. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Mattia c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (1^{re} inst.); *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 487 (C.A.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Re Shewchuck and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al., Intervenors* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; [1986] 4 W.W.R. 289; 2 B.C.L.R. (2d) 324; 1 R.F.L. (3d) 337; (C.A.C.-B.); *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.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Seaboyer and The Queen; Re Gayme and the Queen* (1987), 37 C.C.C. (3d) 53 (C.A. Ont.).

i DISTINCTION FAITE AVEC:

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Hudnik, [1980] 1 C.F. 180; (1979), 103 D.L.R. (3d) 308 (C.A.).

j DOCTRINE

Gibson, Dale *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1986.

COUNSEL:

Barbara L. Jackman and Maureen Silcoff for applicant.
Chris Parke for respondent.

AVOCATS:

Barbara L. Jackman et Maureen Silcoff pour la requérante.
Chris Parke pour l'intimé.

SOLICITORS:

Maureen N. Silcoff, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

PROCUREURS:

Maureen N. Silcoff, Toronto, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

HEALD J.A.: This is a section 28 application to review and set aside the decision of Michael Burns, an Adjudicator, under the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52], (the Act), wherein he decided not to reopen the applicant's inquiry under that Act. The applicant's request to reopen was based on two grounds:

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 28 visant l'examen et l'annulation de la décision par laquelle l'arbitre Michael Burns, nommé conformément à la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52] (la Loi), a résolu de ne pas rouvrir l'enquête menée sur la requérante en vertu de la Loi. La demande de réouverture formulée par la requérante reposait sur deux moyens:

(a) that such a reopening was allowed pursuant to the provisions of section 35 of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52;¹ and

a) une telle réouverture est prévue par l'article 35 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-1977, chap. 52¹; et

(b) that the rules of natural justice were not followed during the inquiry and, pursuant to section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms* being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982 c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], the Adjudicator had jurisdiction to reopen the inquiry quite apart from the provisions of section 35.

b) les règles de justice naturelle n'ont pas été observées au cours de l'enquête et, en vertu de l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]], l'arbitre avait compétence pour rouvrir l'enquête indépendamment des dispositions de l'article 35.

¹ 35. (1) Subject to the regulations, an inquiry by an adjudicator may be reopened at any time by that adjudicator or by any other adjudicator for the hearing and receiving of any additional evidence or testimony and the adjudicator who hears and receives such evidence or testimony may confirm, amend or reverse any decision previously given by an adjudicator.

(2) Where an adjudicator amends or reverses a decision pursuant to subsection (1), he may quash any order or notice that may have been made or issued and where he quashes any such order or notice, he shall thereupon take the appropriate action pursuant to section 32.

(3) Where an order or notice is quashed pursuant to subsection (2), that order or notice shall be deemed never to have been made or issued.

¹ 35. (1) Sous réserve des règlements, une enquête menée par un arbitre peut être réouverte à tout moment par le même arbitre ou par un autre, à l'effet d'entendre de nouveaux témoignages et de recevoir d'autres preuves, et l'arbitre peut alors confirmer, modifier ou révoquer la décision antérieure.

(2) L'arbitre qui modifie ou révoque une décision en vertu du paragraphe (1), peut infirmer toute ordonnance ou avis et, le cas échéant, doit prendre les mesures appropriées conformément à l'article 32.

(3) Les ordonnances ou avis infirmés en vertu du paragraphe (2), sont réputés n'avoir jamais été rendus.

Adjudicator Burns refused the request to reopen because, in his view, the information sought to be introduced did not constitute "additional evidence or testimony" as contemplated by section 35 of the Act. In so far as the second ground was concerned, it was his view that he did not have authority to reopen the inquiry to correct an error in natural justice.

My colleague, Madame Justice Desjardins, has reviewed the relevant facts accurately in her reasons for judgment. At this juncture, therefore, it will not be necessary to supplement her comprehensive recitation. My colleague states that the uncontradicted affidavit of the applicant sworn on November 1, 1988 gives the reasons for the applicant's change of heart between the time when she arrived in Canada at which time she expressed her desire to claim refugee status and the time of her inquiry when she advised the Adjudicator that she wished to return to India. I agree that the applicant was under great pressure to advise the Adjudicator that she wished to return to India and that her decision to so advise the Adjudicator was not freely given. On the basis of this evidence, Desjardins J.A. concluded that since duress vitiates consent, the option expressed by the applicant at the inquiry was void. From this circumstance, she concluded [at page 22] that:

Her affidavit of November 1, 1988 constitutes "additional evidence or testimony" within the provision of subsection 35(1) of the Act. Once it is brought to the attention of the Adjudicator, he has jurisdiction under that section to reopen the inquiry.

My problem with this conclusion by my colleague is that I perceive it to be contrary to the reasons for judgment of the majority in the case in this Court of *Gray v. Fortier*.² In that case, a deportation hearing was adjourned to dispose of the applicant's claim to Convention refugee status. The Minister rejected the claim and the Immigration Appeal Board likewise dismissed his application for redetermination of that claim. The applicant applied under section 28 to set aside that decision of the Board. The Adjudicator resumed the deportation hearing and made a deportation order.

² [1985] 2 F.C. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.).

L'arbitre Burns a rejeté la demande de réouverture de l'enquête parce qu'à son avis, les renseignements que l'on cherchait à produire ne constituaient pas «de nouveaux témoignages et ... d'autres preuves» comme le prévoit l'article 35 de la Loi. Pour ce qui est du second moyen, il estimait ne pas avoir compétence pour rouvrir l'enquête pour réparer un déni de justice naturelle.

Ma collègue, Madame le juge Desjardins, a exposé correctement les faits pertinents dans ses motifs de jugement. Il n'est donc pas nécessaire dans les circonstances actuelles d'ajouter à son exposé fort complet. Ma collègue déclare que l'affidavit non contesté que la requérante a fait sous serment le 1^{er} novembre 1988 donne les motifs pour lesquels la requérante a changé d'avis entre le moment de son arrivée au Canada, alors qu'elle avait exprimé l'intention de revendiquer le statut de réfugiée, et le moment où s'est déroulée son enquête, lorsqu'elle a avisé l'arbitre de son désir de retourner en Inde. Je conviens qu'une forte pression était exercée sur la requérante pour l'amener à informer l'arbitre qu'elle souhaitait retourner en Inde, et que sa décision de s'exécuter n'avait pas été prise librement. En se fondant sur ces éléments de preuve, le juge Desjardins, J.C.A., a conclu que puisque la contrainte entache le consentement de nullité, le souhait exprimé par la requérante à l'enquête était sans valeur. En raison de ce fait, elle a conclu ce qui suit [à la page 22]:

Son affidavit du 1^{er} novembre 1988 constitue «de nouveaux témoignages et ... d'autres preuves» au sens du paragraphe 35(1) de la Loi. Une fois ces éléments portés à l'attention de l'arbitre, celui-ci, en vertu de cet article, est compétent à rouvrir l'enquête.

Le problème que me cause la conclusion de ma collègue est que je la crois contraire aux motifs de jugement de la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Gray c. Fortier*.² Dans cette affaire, une audience visant l'expulsion du requérant avait été ajournée afin qu'il soit statué sur sa revendication du statut de réfugié. Le ministre a rejeté la revendication et la Commission d'appel de l'immigration a, elle aussi, rejeté la demande de réexamen de cette revendication. Le requérant a demandé, en vertu de l'article 28, l'annulation de la décision de la Commission. L'arbitre a repris l'audience en

² [1985] 2 C.F. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.).

Subsequently this Court set aside the Board's decision. The applicant then applied to the Adjudicator to reopen the inquiry. The Adjudicator refused this request on the basis that he had no power to reopen for the purpose of receiving evidence relative to this Court's decision setting aside the decision of the Board. The applicant then applied under section 28 to set aside the Adjudicator's refusal. A majority of the panel hearing the section 28 application dismissed it. Mr. Justice Pratte wrote the majority reasons. I quote hereunder a portion of those reasons (pages 528-529 F.C.):

Section 35 of the Act does not give adjudicators an unqualified power to review their decisions and reopen inquiries. The powers conferred by that section are more limited.

Subsection 35(1) gives adjudicators the power to reopen inquiries for the sole purpose of receiving new evidence which may warrant a change or reversal of a decision previously given. An adjudicator, therefore, may not reopen an inquiry for the sole purpose of changing a decision (without receiving new evidence) or for receiving evidence which could not lead to a change or reversal of a previous decision. This conclusion is not without importance because subsection 35(2) makes clear that the word "decision", in subsection 35(1), must be given a very precise and narrow meaning.

Under subsection 35(2), when an adjudicator, after having reopened an inquiry and received new evidence, amends or reverses a decision pursuant to subsection (1), he may quash any order or notice that may have been made and when he quashes any such order or notice, he shall therefore take the appropriate action pursuant to section 32. In order to understand that provision, it is necessary to refer to section 32 which clearly indicates that, at the conclusion of an inquiry, an adjudicator must first make certain decisions and must also, after those decisions are made, issue orders or notices. In the case of an inquiry held following a section 20 report, the adjudicator must first decide whether the subject of the inquiry is a person described in subsection 14(1) and, if he is not, whether he is admissible in the country; in the case of an inquiry held following a section 27 report, the adjudicator must first decide whether the subject of the inquiry is a person described in section 27. Once one of these decisions has been arrived at, the adjudicator must take the action prescribed by section 32 and, in certain circumstances, must make a deportation order or an exclusion order or issue a departure notice. Those are the orders and notices which, according to subsection 35(2), may be quashed when an adjudicator has amended or reversed a decision pursuant to subsection 35(1). The decision that may be changed or reversed under subsection 35(1) is not the order or notice that was made or issued at the conclusion of the inquiry. The word "decision" in that subsection clearly refers to the determination made by an adjudicator that a person is or is not either described in subsection 14(1) or admissible or described in section 27. Section 35, therefore,

matière d'expulsion et il a rendu une ordonnance d'expulsion. Par la suite, cette Cour a annulé la décision de la Commission. Le requérant a alors demandé à l'arbitre de rouvrir l'enquête, qui a refusé au motif qu'il n'avait pas compétence pour rouvrir l'enquête dans le but de recevoir des preuves relatives à la décision par laquelle cette Cour avait annulé la décision de la Commission. Le requérant a alors demandé, en vertu de l'article 28, l'annulation du refus de l'arbitre. La majorité de la formation saisie de la demande fondée sur l'article 28 a rejeté celle-ci. Le juge Pratte a rédigé les motifs de la majorité. Je cite plus bas une partie de ces motifs (pages 528 et 529 C.F.):

L'article 35 de la Loi ne confère pas aux arbitres un pouvoir illimité en matière de réexamen de leurs décisions et de réouverture d'enquêtes. Les pouvoirs accordés par cet article sont en effet plus restreints.

Le paragraphe 35(1) donne aux arbitres le pouvoir de rouvrir les enquêtes pour la seule fin de recevoir de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification ou la révocation d'une décision déjà rendue. Par conséquent, un arbitre ne peut rouvrir une enquête dans le seul but de modifier une décision (sans recevoir de nouveaux éléments de preuve) ou de recevoir des éléments de preuve qui ne pourraient conduire à la modification ou à la révocation d'une décision antérieure. Cette conclusion n'est pas sans importance puisque le paragraphe 35(2) établit clairement qu'il faut donner au mot «décision» du paragraphe 35(1) un sens très précis et étroit.

En vertu du paragraphe 35(2), l'arbitre qui, après avoir rouvert une enquête et reçu de nouveaux éléments de preuve, modifie ou révoque une décision conformément au paragraphe (1), peut infirmer toute ordonnance ou tout avis et, le cas échéant, doit prendre les mesures appropriées conformément à l'article 32. Pour bien comprendre cette disposition, il est nécessaire de se reporter à l'article 32 qui indique clairement qu'au terme d'une enquête, un arbitre doit d'abord prendre certaines décisions et ensuite, une fois ces décisions prises, prononcer des ordonnances ou des avis. Dans le cas d'une enquête tenue à la suite du rapport prévu à l'article 20, l'arbitre doit d'abord déterminer si la personne faisant l'objet de l'enquête est visée au paragraphe 14(1) et, dans le cas contraire, décider si elle est admissible au pays; dans le cas d'une enquête tenue à la suite du rapport prévu à l'article 27, l'arbitre doit d'abord déterminer si la personne faisant l'objet de l'enquête est visée à l'article 27. Dès qu'une de ces décisions a été rendue, l'arbitre doit alors prendre la mesure prescrite par l'article 32 et, dans certaines circonstances, il doit prononcer une ordonnance d'expulsion ou une ordonnance d'exclusion ou encore émettre un avis d'interdiction de séjour. Voilà les ordonnances et avis qui, suivant le paragraphe 35(2), peuvent être infirmés par l'arbitre qui modifie ou révoque une décision conformément au paragraphe 35(1). La décision susceptible d'être modifiée ou révoquée en vertu du paragraphe 35(1) n'est pas l'ordonnance ou l'avis qui a été rendu au terme de l'enquête. Le mot «décision» utilisé dans ce paragraphe vise clairement la décision d'un arbitre concluant qu'une personne est soit visée ou non au paragraphe 14(1), soit admissible ou non, soit visée ou non à

does not authorize the reopening of an inquiry for the purpose of receiving evidence related only to the order made at the conclusion of the inquiry. It follows that this section 28 application must be dismissed since the applicant requested a reopening of the inquiry for the purpose of adducing evidence which would show the illegality of the deportation order but which would not affect in any way the validity of the decision on which that order was based.

In my view, the rationale of that case as set out by Pratte J.A. *supra*, applies to the circumstances in the case at bar. The decision under attack in these proceedings is the Adjudicator's refusal to reopen the inquiry. The purpose of reopening was to adduce evidence to prove a denial of natural justice which was not apparent on the face of the record. While the evidence might establish the illegality of the deportation order, it would not in any way affect the validity of the decision on which the deportation order was based. Reading subsection 35(1) and subsection 35(2) together and in context, I agree with Pratte J.A. that the parameters of subsection 35(1) are restricted to new evidence which may warrant a change or reversal of the earlier decision. In this case the proposed evidence is in the same category as that in *Gray v. Fortier*, i.e., it was evidence directed at the illegality of the deportation order rather than at the validity of the decision which led to the deportation order. It follows, in my view, that the Adjudicator did not err in refusing to reopen the inquiry under the authority of section 35 of the Act, absent any possible application of the Charter.

I come now to the second ground on which the applicant asked for reopening. This is in essence a submission that the applicant's rights under section 7 of the Charter have been infringed³ and that, in such circumstances, the Adjudicator has jurisdiction to consider the application to reopen.

The starting point for a discussion of this issue would logically seem to be the decision of the Supreme Court of Canada in *Singh et al. v. Min-*

³ Section 7 reads:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

l'article 27. Par conséquent, l'article 35 n'autorise pas la réouverture d'une enquête afin de recevoir des éléments de preuve se rapportant uniquement à l'ordonnance prononcée au terme de l'enquête en question. Il s'ensuit que la présente demande fondée sur l'article 28 doit être rejetée puisque le requérant a sollicité la réouverture de l'enquête afin d'apporter des éléments de preuve qui établiraient le caractère illégal de l'ordonnance d'expulsion mais n'influeraient d'aucune façon sur la validité de la décision sur laquelle reposait cette ordonnance.

À mon sens, le raisonnement tenu dans cette affaire et exposé par le juge Pratte, J.C.A., s'applique aux circonstances de l'espèce. La décision contestée dans cette action est le refus de l'arbitre de rouvrir l'enquête. L'objet de la réouverture était de présenter des preuves afin de prouver un déni de justice naturelle qui n'était pas manifeste au vu du dossier. Bien que la preuve puisse établir l'illégalité de l'ordonnance d'expulsion, elle n'aurait aucune incidence sur la validité de la décision sur laquelle se fondait l'ordonnance d'expulsion. Après avoir considéré simultanément et selon le contexte les paragraphes 35(1) et 35(2), je suis d'accord avec le juge Pratte, J.C.A., pour dire que les paramètres du paragraphe 35(1) ne vont pas au-delà de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification ou la révocation de la décision antérieure. En l'espèce, les éléments de preuve que l'on veut soumettre sont de la même catégorie que ceux en cause dans l'affaire *Gray c. Fortier*, c'est-à-dire des preuves qui s'en prennent à l'illégalité de l'ordonnance d'expulsion plutôt qu'à la validité de la décision à la source de cette ordonnance. Il s'ensuit, à mon avis, que l'arbitre n'a pas commis d'erreur en refusant de rouvrir l'enquête en vertu de l'article 35 de la Loi, en l'absence d'une application possible de la Charte.

J'en arrive maintenant au second moyen sur lequel la requérante se fonde pour demander la réouverture de l'enquête. Elle allègue essentiellement qu'il a été porté atteinte aux droits que lui confère l'article 7 de la Charte³, et que, dans ces circonstances, l'arbitre a compétence pour étudier la demande de réouverture.

Le point de départ d'une discussion de ce sujet semblerait logiquement être la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Singh et autres*

³ 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

ister of Employment and Immigration.⁴ In *Singh*, the reasons of Madame Justice Wilson speaking for herself, the Chief Justice and Mr. Justice Lamer established, firstly, that refugee claimants under the provisions of the *Immigration Act, 1976*, are entitled to the protection of section 7 of the Charter, and secondly, that the procedure for determining refugee status claims under the Act at that time did not afford fundamental justice to refugee claimants and was thus incompatible with section 7 of the Charter. My approach to this issue is also conditioned by the statement of Dickson J. (as he then was) in *Hunter et al. v. Southam Inc.*:⁵

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action.

In dealing with the situation at bar from the perspective of these two landmark decisions of the Supreme Court of Canada, it is necessary to focus on certain aspects of the factual situation. The applicant was divorced from her husband in 1972 in India due to physical and emotional abuse on his part. Her former husband fled India in 1985 because of fear of persecution. He claimed refugee status in Canada. In India he had been accused of involvement with the uprising following the raid on the Golden Temple. In 1986 the applicant was interrogated and detained by military and police officials on three different occasions because of her husband's activities. As a consequence she decided to leave India. She arrived in Canada in July of 1987. She told the immigration official at the airport on her arrival that she wished to claim refugee status. She was the subject of a section 20 report based on being a member of an inadmissible class of persons described in the *Immigration Act, 1976*. She was released on a bond furnished by her former husband. She went to live with her former

c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.⁴ Dans l'arrêt *Singh*, les motifs du juge Wilson, qui s'exprimait pour elle-même, pour le juge en chef et le juge Lamer ont établi, premièrement, que ceux qui revendiquent le statut de réfugié en vertu des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976* ont droit à la protection de l'article 7 de la Charte, et deuxièmement, que la procédure d'examen des revendications du statut de réfugié faites sous le régime de la Loi à cette époque n'appliquait pas aux intéressés les principes de justice fondamentale, et qu'en conséquence elle était incompatible avec l'article 7 de la Charte. Mon optique sur cette question est aussi influencée par les propos du juge Dickson (aujourd'hui juge en chef) dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*:⁵

La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir.

Lorsque l'on traite de la situation en l'espèce compte tenu de ces deux décisions marquantes de la Cour suprême du Canada, il est nécessaire de s'attacher à certains aspects des faits. La requérante a divorcé en Inde en 1972 en raison des mauvais traitements que lui faisait subir son mari, sur le plan physique et psychologique. Son ex-mari a fui l'Inde en 1985 par crainte d'être persécuté. Il a revendiqué le statut de réfugié au Canada. En Inde, il avait été accusé d'avoir participé au soulèvement qui avait suivi l'attaque du Temple d'Or. En 1986, la requérante avait été interrogée et détenue par des agents de la police et des forces armées à trois occasions distinctes en raison des activités de son époux. C'est pourquoi elle a décidé de quitter l'Inde; elle est arrivée au Canada en juillet 1987. Elle a déclaré à l'agent d'immigration à son arrivée à l'aéroport qu'elle voulait revendiquer le statut de réfugiée. Elle a fait l'objet d'un rapport fondé sur l'article 20 étant donné son appartenance à une catégorie de personnes non admissibles définie dans la *Loi sur l'immigration*

⁴ [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1, at p. 216 S.C.R. per Wilson J.

⁵ [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156 S.C.R.; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

⁴ [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1, à la p. 216 R.C.S., motifs du juge Wilson.

⁵ [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 156 R.C.S.; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241.

husband and his girlfriend on a farm. She was frequently beaten and abused by her former husband. She was a virtual prisoner on this farm. She received no medical attention after the beatings. She attended for her inquiry on December 22, 1987. She was still under the influence of her former husband. At that inquiry she said she did not wish to be represented by counsel. She returned to the inquiry on March 15, 1988, at which time she advised the Adjudicator she did not wish to claim refugee status. The Adjudicator proceeded with the inquiry and found her to be a member of an inadmissible class of persons. He then pronounced an exclusion order against her. On April 9, 1988, the applicant escaped from the farm and took refuge in a women's shelter. Only after escaping from the compulsion, duress, threats and physical abuse of her former husband was she in a position to state in detail her circumstances and her true wishes relating to her claim for refugee status, as well as her informed decision with respect to counsel. This detailed account of the many unpleasant incidents experienced by her is contained in her uncontradicted affidavit of November 1, 1988. It is these circumstances which she wishes to bring to the attention of the Adjudicator to explain her conduct at the proceedings before him.

In my view, this is clearly a case for intervention pursuant to section 7 of the Charter. It is apparent from the record that due to the duress exerted upon her by her former husband during the inquiry, she was effectively deprived of her right to be represented by independent counsel. She was also effectively deprived of the ability to make a free, informed and independent decision respecting a claim to refugee status. Accordingly I conclude that the exclusion order issued herein is manifestly unfair in the circumstances of this case and contrary to the provisions of section 7 of the Charter.

There is jurisprudence in both Divisions of this Court which supports this view of the matter. I

de 1976. Elle a été remise en liberté à la suite du dépôt d'un bon de garantie par son ancien époux; elle est allée vivre avec lui et sa compagne sur une ferme. Son ancien mari la battait et lui imposait fréquemment de mauvais traitements; elle était pratiquement prisonnière sur la ferme de ce dernier. Elle ne recevait aucune assistance médicale après avoir été battue. Elle s'est présentée à son enquête le 22 décembre 1987. Elle était encore sous le contrôle de son ex-mari. Elle a déclaré à l'enquête ne pas vouloir être représentée par un conseil. Elle est retournée à l'enquête le 15 mars 1988, et elle a alors informé l'arbitre qu'elle ne tenait pas à revendiquer le statut de réfugiée. L'arbitre a tenu une enquête et a conclu que la requérante appartenait à une catégorie de personnes non admissibles, à la suite de quoi il a rendu contre elle une ordonnance d'exclusion. Le 9 avril 1988, la requérante s'est enfuie de la ferme pour se retirer dans un refuge pour femmes. Seulement après avoir échappé à la contrainte, à la violence, aux menaces et aux mauvais traitements infligés par son ex-mari s'est-elle trouvée capable de donner les détails de sa situation et d'exprimer ses véritables sentiments à l'égard de sa revendication du statut de réfugiée aussi bien que sa décision éclairée relativement à son droit de retenir les services d'un conseil. Cet exposé détaillé des nombreux incidents désagréables qu'a vécus la requérante se trouve dans son affidavit non contesté du 1^{er} novembre 1988. Ce sont ces faits qu'elle veut porter à la connaissance de l'arbitre pour expliquer sa conduite au cours des procédures qui se sont déroulées devant lui.

À mon avis, l'espèce donne clairement lieu à une intervention, en application de l'article 7 de la Charte. Il ressort du dossier qu'en raison de la contrainte que son ex-mari exerçait sur elle au cours de l'enquête, la requérante a été effectivement privée de son droit à un conseil indépendant. Elle a aussi été effectivement privée de la possibilité de prendre une décision libre et éclairée relativement à la revendication du statut de réfugiée. En conséquence, je conclus que l'ordonnance d'exclusion rendue en l'espèce est manifestement injuste dans les présentes circonstances et contraire aux dispositions de l'article 7 de la Charte.

Des décisions des deux sections de cette Cour appuient cette vue de la question. Je pense tout

refer, firstly, to the decision of Mr. Justice McNair in the Trial Division in the case of *Mattia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.⁶ The facts in *Mattia* have some similarities to the facts in this case. In *Mattia* the applicant came to Canada on a student visa. While in Canada he suffered from mental illness and was hospitalized. Following release from hospital he applied for an extension of his visa. This application was refused. While studying at University, there was a reoccurrence of his mental problems. He was incarcerated pursuant to subsection 104(2) of the *Immigration Act, 1976*. At a subsequent inquiry, he was ordered deported pursuant to subsection 32(6) of the Act. Mr. Justice McNair, on an application for prerogative relief, pursuant to section 18, held that the refusal by the Adjudicator to reopen the inquiry under section 35 of the Act, the limitation under subsection 45(1) of the Act requiring that a claim to refugee status be made during the inquiry and the issuance of the deportation order were manifestly unfair and violated the applicant's rights guaranteed by section 7 of the Charter. At page 501 F.C., he stated:

The weight of evidence, on balance of probability, supports the conclusion that the applicant was mentally ill to such extent that he could not properly appreciate the importance of exercising his right to counsel or the consequences of waiving that right. Neither could he realize the importance of asserting his claim to refugee status during the actual course of the inquiry, given the wording of subsection 45(1) and the meaning attributed thereto by the courts. . . . In my judgment the refusal of the Adjudicator to reopen the inquiry under section 35 of the Act for receiving additional evidence in support of the claim for refugee status, the limitation of subsection 45(1) to the effect that such claim can be made only during the course of an actual inquiry, and the deportation order issued in the instant case are manifestly unfair in the circumstances and in violation of the applicant's rights under section 7 of the Charter.

I would also refer to the decisions of this Court in *Bains v. Minister of Employment and Immigration* and *James v. Minister of Employment and Immigration* which were delivered on July 14, 1989 [and indexed as: *Bains v. Canada (Minister*

d'abord à la décision du juge McNair, de la Section de première instance, dans l'affaire *Mattia c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.⁶ Les faits dans cette affaire ont une certaine similarité avec les faits en l'espèce. Dans l'affaire *Mattia*, le requérant était entré au Canada grâce à un visa d'étudiant. Après son arrivée au Canada, il a souffert de troubles mentaux et il a été hospitalisé. Après avoir reçu son congé de l'hôpital, il a sollicité la prorogation de son visa, qui lui a été refusée. Lorsqu'il étudiait à l'université, il a été de nouveau victime de troubles mentaux, en raison desquels il a été incarcéré conformément au paragraphe 104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Au terme d'une enquête subséquente, son expulsion a été décrétée en application du paragraphe 32(6) de la Loi. Le juge McNair, saisi d'une demande de bref de prérogative fondée sur l'article 18, a conclu que le refus de l'arbitre de rouvrir l'enquête prévue à l'article 35 de la Loi, la condition posée par le paragraphe 45(1) de la Loi selon laquelle la revendication du statut de réfugié doit se faire au cours de l'enquête, et l'ordonnance d'expulsion étaient manifestement injustes et violaient les droits conférés au requérant par l'article 7 de la Charte. Il a dit ce qui suit à la page 501 C.F.:

La preuve, compte tenu de la prépondérance des probabilités, permet de conclure que le requérant était atteint d'une maladie mentale telle qu'il ne pouvait pas vraiment apprécier l'importance d'exercer son droit d'être représenté par un avocat ni connaître les conséquences d'une renonciation à ce droit. Il ne pouvait pas non plus se rendre compte qu'il devait faire valoir sa revendication du statut de réfugié au cours de l'enquête même, étant donné le libellé du paragraphe 45(1) et le sens que les tribunaux lui ont donné. L'avocat des intimés soutient qu'aucun fait concret ne permet de conclure à l'incapacité mentale et à l'incapacité de comprendre. Ainsi que je l'ai dit, je ne suis pas d'accord. À mon avis, le refus par l'arbitre de rouvrir l'enquête prévue à l'article 35 de la Loi qui lui aurait permis de recevoir d'autres preuves à l'appui de la revendication du statut de réfugié, la condition posée par le paragraphe 45(1) selon laquelle une telle revendication ne peut être faite qu'au cours de l'enquête même et l'ordonnance d'expulsion rendue en l'espèce sont manifestement injustes dans les circonstances et violent les droits que le requérant tient de l'article 7 de la Charte.

Je renverrais aussi aux décisions non publiées de cette Cour dans les affaires *Bains c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* et *James c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* qui ont été rendues le 14 juillet 1989 [et répertoriées: *Bains c.*

⁶ [1987] 3 F.C. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (T.D.).

⁶ [1987] 3 C.F. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (1^{re} inst.).

of *Employment and Immigration*]), [1989] 3 F.C. 487]. In those cases, the applicants' claims for Convention refugee status had been refused by the Minister. They then applied to the former Immigration Appeal Board for an extension of time within which to file an application for redetermination of their claims to refugee status under subsection 70(1) of the *Immigration Act, 1976*. The Board dismissed those applications on the basis that it was without jurisdiction to entertain them having regard to subsection 40(1) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172 (as am. by SOR/80-601, s. 4)]. After observing the powers of the Board were "not adequate to permit it to extend a time limit fixed by the Governor in Council pursuant to the regulation-making power conferred on him by the Act" Hugessen J.A., speaking for the Court, said [at page 490 F.C.]:

It is now well settled that a claim to refugee status may put in play rights which enjoy Charter-protection.

He relied on the *Singh* case *supra*, in support of this opinion. It was argued by the applicants in *Bains* and *James* that a rigid and inflexible time limit within which to apply for redetermination with no possibility of extension no matter what the circumstances, was not in accordance with the principles of fundamental justice and could lead to a deprivation of life, liberty or security of the person, contrary to section 7 of the Charter. In those cases, the Court found this argument to be "unanswerable" and went on to state [at page 491] that the Board was in error in simply refusing to entertain the applications for extension of time; that it was required to "look at the particular circumstances of each case to determine whether the applicant stands to be deprived of a Charter-protected right if not permitted to apply for redetermination, and, if so, whether fundamental justice requires that he be granted such permission."

I think the reasoning employed in these two cases applies by analogy to the situation at bar. The Adjudicator, here, concluded that he did not have authority to reopen the inquiry to correct an error in natural justice. I disagree. In my view, the

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 3 C.F. 487]. Dans ces affaires, le ministre avait rejeté les revendications du statut de réfugié au sens de la Convention faites par les requérants. Ces derniers ont alors demandé à l'ancienne Commission d'appel de l'immigration la prorogation du délai applicable au dépôt de la demande de réexamen de leurs revendications du statut de réfugiés en vertu du paragraphe 70(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*. La Commission a rejeté ces demandes au motif qu'elle n'avait pas la compétence nécessaire pour en être saisie en raison du paragraphe 40(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172 (mod. par DORS/80-601, art. 4)]. Après avoir observé que les pouvoirs de la Commission «ne suffisent pas à lui permettre de proroger un délai fixé par le gouverneur en conseil en vertu du pouvoir de réglementation que lui confère la Loi», le juge Hugessen, J.C.A., qui s'exprimait pour la Cour, a dit ce qui suit [à la page 490 C.F.]:

Il est maintenant bien établi qu'une revendication du statut de réfugié peut faire entrer en jeu des droits protégés par la Charte.

Il s'est appuyé sur l'arrêt *Singh*, précité, en exprimant cette opinion. Dans les affaires *Bains* et *James*, les requérants ont essentiellement fait valoir qu'un délai limite rigide et inflexible impartir pour demander un réexamen sans qu'il soit possible d'obtenir une prorogation, quelles que soient les circonstances, était incompatible avec les principes de justice fondamentale et pouvait entraîner une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contrairement à l'article 7 de la Charte. Dans ces affaires, la Cour a jugé cet argument «irréfragable», et elle a ajouté [à la page 491] que la Commission avait eu tort de refuser simplement de connaître des demandes de prorogation de délai; elle devait plutôt «examiner les faits particuliers de chaque affaire pour déterminer si le requérant risque d'être privé d'un droit protégé par la Charte au cas où il ne serait pas autorisé à demander un réexamen et, dans l'affirmative, si la justice fondamentale exige qu'il lui soit accordé une telle autorisation».

Je crois que le raisonnement suivi dans ces deux affaires s'applique par analogie à la situation en l'espèce. Ici, l'arbitre a conclu qu'il n'était pas habilité à rouvrir une enquête pour corriger un déni de justice naturelle. Je ne suis pas de cet avis.

Adjudicator had jurisdiction to determine whether, in the circumstances of this case fundamental justice would allow this applicant to claim refugee status outside the time frame set out in the *Immigration Act, 1976*. He derives this jurisdiction by virtue of the provisions of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)] subsection 52(1). That subsection reads:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Support for this view is to be found in the *dictum* of Chief Justice Dickson in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*:⁷

If a court or tribunal finds any statute to be inconsistent with the Constitution, the overriding effect of the *Constitution Act, 1982*, s. 52(1) is to give the Court not only the power, but the duty, to regard the inconsistent statute, to the extent of the inconsistency, as being no longer "of force or effect."

In the case of *Re Shewchuck and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al., Interveners*,⁸ the British Columbia Court of Appeal adopted a similar approach. Macfarlane J.A. said:

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.

⁷ [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81 at p. 353 S.C.R.

⁸ (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; [1986] 4 W.W.R. 289; 2 B.C.L.R. (2d) 324; 1 R.F.L. (3d) 337, at pp. 439 and 440 D.L.R.

À mon sens, l'arbitre avait compétence pour déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, la justice fondamentale permettrait à la requérante de revendiquer le statut de réfugiée au-delà du délai imparti par la *Loi sur l'immigration de 1976*. Il tient cette compétence des dispositions du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)], qui est libellé comme suit:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Ce point de vue trouve appui dans la remarque incidente du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*:⁷

Si un tribunal judiciaire ou administratif juge une loi incompatible avec la Constitution, ce tribunal a, en vertu du caractère prédominant de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévu au par. 52(1), non seulement le pouvoir mais encore l'obligation de considérer comme «inopérantes» les dispositions incompatibles de cette loi.

Dans l'affaire *Re Shewchuck and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al., Interveners*⁸, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a adopté une approche semblable. Le juge d'appel Macfarlane a dit:

[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 comparaît 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.

⁷ [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81, à la p. 353 R.C.S.

⁸ (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; [1986] 4 W.W.R. 289; 2 B.C.L.R. (2d) 324; 1 R.F.L. (3d) 337, aux p. 439 et 440 D.L.R.

The *Shewchuck* decision was approved by this Court's decision in *Zwarich v. Canada (Attorney General)*.⁹ In *Zwarich*, Mr. Justice Pratte, speaking for the Court, said:

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.

It is also instructive to note that Professor Dale Gibson in *The Law of the Charter: General Principles* (Toronto: Carswell Co. Ltd., 1986), pages 185 and 186 expressed the opinion that the Courts are taking "a generous view of the meaning of 'law' under section 52(1)." He goes on to say: "A dictum of Justice Dickson in the *Operation Dismantle* case indicates that section 52 may even reach beyond the laws themselves to conduct based upon them". The *dictum* referred to reads as follows:¹⁰

... nothing in these reasons should be taken as the adoption of the view that the reference to "laws" in s. 52 of the *Charter* is confined to statutes, regulations and the common law. It may well be that if the supremacy of the Constitution expressed in s. 52 is to be meaningful, then all acts taken pursuant to powers granted by law fall within s. 52.

Based on the jurisprudence discussed *supra*, I have no difficulty in concluding that the Adjudicator had jurisdiction to reopen this inquiry pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and a duty not to apply the limitations inherent in subsection 35(1) and in subsection 45(1) to the extent that this legislation contravened the applicant's section 7 rights.

⁹ [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.), at p. 225 F.C.

¹⁰ *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1, at p. 459 S.C.R.

Cette Cour s'est montrée d'accord avec la décision *Shewchuck* dans l'arrêt *Zwarich c. Canada (procureur général)*.⁹ Dans l'arrêt *Zwarich* le juge Pratte, qui s'exprimait pour la Cour, a dit ce qui suit:

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.

Il est aussi intéressant de noter que le professeur Dale Gibson, aux pages 185 et 186 de l'ouvrage intitulé *The Law of the Charter: General Principles* (Toronto: Carswell Co. Ltd., 1986), a exprimé l'opinion que les tribunaux se font [TRADUCTION] «une idée généreuse du sens de l'expression 'règle de droit' au paragraphe 52(1)». Il ajoute: «Une remarque incidente du juge Dickson dans l'arrêt *Operation Dismantle* indique que l'article 52 pourrait même aller au-delà des règles de droit elles-mêmes pour viser également les actes fondés sur elles.» La remarque incidente à laquelle il est fait allusion est la suivante¹⁰:

... rien dans les présents motifs ne saurait être interprété comme l'adoption de l'opinion selon laquelle la référence faite à la «règle de droit» à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit être confinée aux lois, aux règlements et à la *common law*. Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèveront de l'art. 52.

Compte tenu de la jurisprudence dont il est question plus haut, je conclus sans difficulté que l'arbitre était habilité à rouvrir l'enquête en cause conformément au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et qu'il était tenu de ne pas imposer les restrictions inhérentes aux paragraphes 35(1) et 45(1) dans la mesure où ces dispositions contreviennent aux droits conférés à la requérante par l'article 7.

⁹ [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.), à la p. 255 C.F.

¹⁰ *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1, à la p. 459 R.C.S.

This conclusion brings me to a consideration of the proper remedy in all of the circumstances of this case. It is my conclusion that this is a clear case for an "exemption" or "reading out". As I read the *Mattia* decision and the decisions in *Bains* and *James supra*, this is the remedy provided in those cases, in effect, although not explicitly so stated. With exemptions, the legislation remains in force but is not applied to a person such as this applicant whose Charter rights have been infringed through the application of the legislative provisions to his situation. The "exemption" approach is the one adopted by the majority of the Ontario Court of Appeal in the case of *Seaboyer and The Queen* and *Re Gayme and the Queen*.¹¹ That decision was concerned with the constitutional validity of section 246.6 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19)]. After commenting that the section was not unconstitutional, Grange J.A. observed that there might be instances where the section would operate to deprive an accused of a fair trial and in such an event, the provision would breach section 7 of the Charter. After stating that those occasions would be rare and would depend upon the circumstances of the case, he said:

I see no reason why it cannot be held that in those circumstances the section will be inoperative.

He later supported this solution by observing that it "seems also to be contemplated by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*". He reached this conclusion on the basis that the language employed therein makes any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, of no force or effect, to the extent of the inconsistency.

Counsel for the respondent did not address the possible applicability of section 1 of the Charter. In any event, there is nothing on this record to possibly justify the application of section 1. Furthermore, and apart from this specific record, I can find no basis for invoking the provisions of section 1.

In conclusion, and for the above reasons, I would allow the section 28 application and set aside the decision of the Adjudicator dated

¹¹ (1987), 37 C.C.C. (3d) 53, at pp. 67 and 68.

Cette conclusion me fait réfléchir à la réparation appropriée dans les circonstances en cause. Je suis d'avis que l'espèce donne clairement lieu à une [TRADUCTION] «exemption» ou «omission». Selon mon interprétation de l'arrêt *Mattia* et des arrêts *Bains* et *James*, précités, c'est là de fait la réparation accordée, même si cela n'est pas dit explicitement. Lorsqu'il y a exemption, la mesure législative reste en vigueur, sans toutefois s'appliquer à une personne comme la requérante dont les droits garantis par la Charte ont été violés par l'application de dispositions législatives à la situation qui est la sienne. La solution de l'«exemption» est celle qu'a adopté la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Seaboyer and The Queen* et *Re Gayme and the Queen*¹¹. Cette décision portait sur la constitutionnalité de l'article 246.6 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19)]. Après avoir dit que l'article n'était pas inconstitutionnel, le juge d'appel Grange a observé qu'il pourrait exister des circonstances dans lesquelles l'article se trouverait à priver l'accusé de son droit à un procès équitable et qu'alors, la disposition enfreindrait l'article 7 de la Charte. Après avoir déclaré que ces circonstances seraient rares et dépendraient des faits propres à l'espèce, il a ajouté:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison pour laquelle on ne pourrait conclure que dans ces circonstances, l'article sera inopérant.

Il a plus loin étayé cette solution en notant qu'elle [TRADUCTION] «semble aussi être envisagée par l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*». Il a tiré cette conclusion en tenant pour acquis que le libellé de cette disposition rendait inopérante toute règle de droit incompatible avec les dispositions de la Constitution, dans la mesure de cette incompatibilité.

L'avocat de l'intimé ne s'est pas penché sur l'applicabilité possible de l'article premier de la Charte. En tout état de cause, rien au dossier ne pourrait justifier l'application de l'article premier. De plus, et indépendamment de ce dossier, je ne vois aucun motif permettant d'invoquer les dispositions de l'article premier.

Ainsi donc, et pour les motifs susmentionnés, j'accueillerais la demande fondée sur l'article 28 et j'annulerais la décision de l'arbitre en date du 22

¹¹ (1987), 37 C.C.C. (3d) 53, aux p. 67 et 68.

November 22, 1988. I would refer the matter back to an Adjudicator for reconsideration on the basis that he has jurisdiction to reopen the inquiry in the circumstances of this case.

MAHONEY J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DESJARDINS J.A.: This section 28 application is directed against a decision of an Adjudicator who, on November 22, 1988, refused to reopen an inquiry. The request addressed to him was based on two grounds, namely on account of his powers to act in view of the wording of section 35 of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52¹² (the "Act") and on account of the fact that there would be a breach of natural justice contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the reopening was not permitted. The reasons given by him in his refusal are as follows:

I feel the information you wish to present does not constitute "additional evidence or testimony" as contemplated by Section 35 of the Act.

As to your second reason for reopening I do not feel that I have authority to reopen an inquiry to correct what you may feel is an error in "Natural Justice".

The Adjudicator, in my view, erred in law with regard to his first reason. I, therefore, need not deal with his second reason.

The applicant was born in India on November 15, 1939. She married Santokh Singh Bagga in 1962. They had three children, Gurpreet, Gursev and Harkirat. During her marriage, she suffered

¹² 35. (1) Subject to the regulations, an inquiry by an adjudicator may be reopened at any time by that adjudicator or by any other adjudicator for the hearing and receiving of any additional evidence or testimony and the adjudicator who hears and receives such evidence or testimony may confirm, amend or reverse any decision previously given by an adjudicator.

(2) Where an adjudicator amends or reverses a decision pursuant to subsection (1), he may quash any order or notice that may have been made or issued and where he quashes any such order or notice, he shall thereupon take the appropriate action pursuant to section 32.

(3) Where an order or notice is quashed pursuant to subsection (2), that order or notice shall be deemed never to have been made or issued.

novembre 1988. Je renverrais l'affaire à un arbitre aux fins d'un nouvel examen en tenant pour acquis qu'il a la compétence nécessaire pour rouvrir l'enquête dans les circonstances de l'espèce.

^a LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

* * *

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

^c LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: La présente demande fondée sur l'article 28 conteste une décision d'un arbitre qui, le 22 novembre 1988, refusait la réouverture d'une enquête. La demande adressée à l'arbitre avait deux fondements: ses pouvoirs d'agir en vertu du libellé de l'article 35 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52¹² (la «Loi») et le manquement à la justice naturelle en violation de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* que constituerait le refus d'autoriser la réouverture sollicitée. Les motifs donnés par l'arbitre à l'appui de son refus ^e sont ainsi libellés:

[TRADUCTION] Je considère que les informations que vous souhaitez présenter ne constituent pas «de nouveaux témoignages et . . . d'autres preuves» au sens de l'article 35 de la Loi.

^f En ce qui concerne votre second motif de réouverture, je ne considère pas habilité à rouvrir une enquête pour corriger ce que vous pouvez considérer comme un déni de «justice naturelle».

^g À mon sens, le premier motif de l'arbitre est entaché d'une erreur de droit. Je n'ai donc pas à traiter de son second motif.

La requérante est née en Inde le 15 novembre 1939. Elle a épousé Santokh Singh Bagga en 1962. Ils ont eu trois enfants, Gurpreet, Gursev et Harkirat. Au cours de son mariage, le mari de la requé-

¹² 35. (1) Sous réserve des règlements, une enquête menée par un arbitre peut être réouverte à tout moment par le même arbitre ou par un autre, à l'effet d'entendre de nouveaux témoignages et de recevoir d'autres preuves, et l'arbitre peut alors confirmer, modifier ou révoquer la décision antérieure.

(2) L'arbitre qui modifie ou révoque une décision en vertu du paragraphe (1), peut infirmer toute ordonnance ou avis et, le cas échéant, doit prendre les mesures appropriées conformément à l'article 32.

(3) Les ordonnances ou avis infirmés en vertu du paragraphe (2), sont réputés n'avoir jamais été rendus.

both physical and emotional abuse at the hands of her husband. As a result, she obtained a divorce in April 1972 through the civil court system in India.

Her ex-husband, Mr. Singh, became politically active in the Khalistan movement in India and wrote several books about Indian nationalism. He was accused of being an instigator of the uprising after the raid on the Golden Temple. Two of their sons, Gurpreet and Gursev followed their father's political activities. Mr. Singh fled India in 1985 accompanied by his son Gursev. He found his way to the United States and then to Canada. Gurpreet remained in India.

The applicant began experiencing difficulties with the military and the police after her ex-husband left the country. On three occasions, in October, November and December 1986, they attended at her house and detained her for questioning about her son Gurpreet and her ex-husband. She feared she would soon be detained if she provided no information to assist the authorities in their investigations. Mr. Singh and the two sons by then had been charged with offences.

She decided to leave India with her son Harkirat who was living with her. She found out through her son Harkirat, who was in touch with his father, that her ex-husband was in Canada. From Singapore, Harkirat contacted his father and requested money for plane tickets to Canada. Mr. Singh sent a letter to the visa office in Singapore stating that he wished the applicant and his son join him in Canada and claim refugee status as their lives were in danger. She feels the reason he claimed her as his wife in the letter was because he wanted his son to reach safety in Canada. She also feels he wanted her to come to Canada to stay with him as he had not told people he was divorced and there were rumors spreading in the Sikh community in Toronto that he had a "mistress" with whom he was living.

rante lui a fait subir à la fois des sévices et de la violence psychologique. En raison de cette situation, elle a obtenu un divorce en 1972 auprès du système judiciaire civil de l'Inde.

^a Son ex-mari, M. Singh, a exercé des activités politiques en Inde dans le cadre du mouvement Khalistan, et il a écrit plusieurs livres sur le nationalisme indien. On l'a accusé d'avoir été un instigateur du soulèvement ayant suivi le raid mené sur le Temple d'or. Deux de leurs fils, Gurpreet et Gursev, ont suivi les activités politiques de leur père. M. Singh a fui l'Inde en 1985 en compagnie de son fils Gursev. Il a réussi à atteindre les ^b États-Unis, puis le Canada. Gurpreet est demeuré en Inde. ^c

La requérante a commencé à avoir des problèmes avec les forces militaires et la police après que ^d son ex-mari a quitté le pays. À trois reprises, en octobre, en novembre et en décembre 1986, ils se sont présentés à sa maison et l'ont détenue pour l'interroger au sujet de son fils Gurpreet et de son ex-mari. Elle craignait d'être bientôt placée en ^e détention si elle ne fournissait pas des renseignements pouvant aider les autorités dans leurs investigations. M. Singh et les deux fils en question faisaient maintenant l'objet de différentes accusations. ^f

Elle a décidé de quitter l'Inde avec son fils Harkirat qui vivait avec elle. Elle a appris par son fils Harkirat, qui était en contact avec son père, que son ex-mari se trouvait au Canada. De Singapour, Harkirat a rejoint son père et lui a demandé de l'argent pour les billets d'avion qui leur permettraient de se rendre au Canada. M. Singh a adressé au bureau des visas de Singapour une lettre dans laquelle il déclarait vouloir que la requérante et son fils le rejoignent au Canada et y revendiquent le statut de réfugiés puisque leur vie était menacée. La requérante considère que la raison pour laquelle M. Singh l'a présentée comme ^h son épouse dans cette lettre est qu'il voulait que son fils trouve refuge au Canada. Elle considère également que si M. Singh voulait qu'elle vienne au Canada demeurer avec lui, c'est qu'il n'avait pas informé les gens de son divorce et que des ⁱ rumeurs s'étaient répandues dans la communauté sikh de Toronto selon lesquelles il vivait avec une ^j [TRADUCTION] «maîtresse».

Upon arriving at Pearson International Airport, the applicant told the examining officer she wanted to claim refugee status. She had destroyed her passport and travelling documents en route to Canada. She was detained by the authorities until Mr. Singh arrived and signed a bond for her.

She went to live with Mr. Singh and with Mr. Singh's girlfriend at the Sikh farm in Princeton, Ontario. Mr. Singh was the only person she knew in Canada and she had nowhere else to go. She was frequently beaten and abused by Mr. Singh. She could not telephone nor leave the farm. She would receive no medical attention after the beatings.

On December 5, 1987, she managed to escape and found her way to a Sikh temple. Mr. Singh was informed as to her whereabouts and sent someone to pick her up. She returned to the farm on the promise that he would not beat her again. She was however severely beaten on many occasions to the point, sometimes, where her clothes were drenched in blood.

On December 22, 1987, she presented herself to the Immigration authorities for her inquiry. The night before, Mr. Singh told her that if she wanted to return to India, she was free to go. He however threatened to kill her if she were to reveal that he had mistreated her. Her son Gursev would be at the inquiry to keep an eye on her at all times. During the inquiry, held under section 23 of the Act, she said she did not wish to be represented by counsel. She identified Gursev as her son. When asked if the gentleman had her permission to watch the inquiry, she answered:

"He brought me over, sir."

The Adjudicator then said:

"Yah, but you have to give his, your permission so he can see what's going on here. For him to be in the room, you have to give your permission."

She then answered:

"Yes."

The case presenting officer mentioned to the Adjudicator that from a conversation he had with

À son arrivée à l'aéroport international Pearson, la requérante a déclaré à l'examineur qu'elle voulait réclamer le statut de réfugiée. Elle avait détruit son passeport et ses documents de voyage alors qu'elle faisait route vers le Canada. Elle a été détenue par les autorités jusqu'à l'arrivée de M. Singh qui a signé un cautionnement en sa faveur.

La requérante a été vivre avec M. Singh et avec sa compagne à la ferme sikh située à Princeton, en Ontario. M. Singh était la seule personne qu'elle connaissait au Canada et elle n'avait pas d'autre endroit où aller. Elle était souvent battue ou maltraitée par M. Singh. Elle ne pouvait ni téléphoner ni quitter la ferme. Elle ne recevait aucun soin médical après avoir été battue.

Le 5 décembre 1987, elle a réussi à s'enfuir, pour se rendre jusqu'à un temple sikh. M. Singh a été informé du lieu où elle se trouvait et a envoyé quelqu'un la chercher. Elle est retournée à la ferme avec la promesse que son mari ne la battrait plus. Elle a toutefois été battue très violemment à de nombreuses occasions, au point que, à quelques reprises, ses vêtements se sont trouvés noyés dans le sang.

Le 22 décembre 1987, elle s'est présentée aux autorités de l'immigration pour subir son enquête. Au cours de la nuit précédente, M. Singh lui avait dit qu'elle était libre de retourner en Inde si telle était sa volonté. Il a toutefois menacé de la tuer si elle devait révéler les mauvais traitements qu'il lui avait infligés. Son fils Gursev assisterait à l'enquête et la surveillerait constamment. Au cours de l'enquête, qui a été tenue sous le régime de l'article 23 de la Loi, elle a dit qu'elle ne souhaitait pas être représentée par un conseil. Elle a identifié Gursev comme étant son fils. Lorsqu'on lui a demandé si ce monsieur avait sa permission d'assister à l'enquête, elle a répondu:

[TRADUCTION] «Il m'a amenée ici, monsieur.»

L'arbitre a alors dit:

[TRADUCTION] «Oui, mais vous devez donner sa ... votre permission pour qu'il puisse voir ce qui se passe ici. Pour qu'il puisse se trouver dans cette pièce, vous devez donner votre permission.»

Elle a alors répondu:

[TRADUCTION] «Oui.»

L'agent chargé de présenter les cas a mentionné à l'arbitre que la conversation qu'il avait eue avec

the applicant before the inquiry opened, she was not sure she would be proceeding at any point that day. The Adjudicator reacted by saying that if she was not ready to go ahead that day, he would have wished she had said so, because he would have granted her an adjournment to give her time to reflect. He commented that although she did not wish to be represented by counsel, it was obvious her son was acting as her counsel. The applicant replied that her son was not her counsel. She expressed the wish to return to India although she expected she would be detained there. She said she did not want to claim refugee status. The hearing was adjourned till February 9, 1988 in order to give her time to obtain a passport.

On January 5, 7, and 8, 1988, the Immigration authorities contacted Mr. Singh so as to find out the intentions of the applicant. On January 8, 1988, Mr. Singh said the applicant wished to make a claim for refugee status. On February 8, 1988, Mr. Singh called to say that the applicant could not make up her mind.

The sitting of February 9, 1988 was adjourned till March 15, 1988 because the applicant was involved in a car accident and could not attend.

On March 15, 1988, the applicant, again accompanied by her son Gursev, told the Adjudicator she did not wish to claim refugee status. She had no passport, having not felt well enough to obtain one. She declined the offer to be given more time to obtain one. She reiterated her wish to go back to India and asked the Adjudicator to provide her with the necessary documentation for her return there. The Adjudicator found her to be a person described in paragraph 19(2)(d) of the Act. He declined granting her temporary entry to Canada as a visitor pursuant to subsection 14(3) of the Act. An exclusion order was pronounced.

On April 9, 1988, the applicant successfully ran away from the farm and took refuge in Toronto. She later moved to a women's shelter.

la requérante avant l'ouverture de l'enquête révélait qu'elle n'était pas certaine de présenter son point de vue à quelque moment que ce soit au cours de cette journée-là. L'arbitre a réagi en disant que, si elle n'était pas prête à présenter son point de vue ce jour-là, il aurait souhaité qu'elle le fasse savoir: il lui aurait accordé un ajournement pour lui permettre de réfléchir. Il a observé que, bien qu'elle ne désirât pas être représentée par un conseil, il était évident que son fils agissait en cette qualité. La requérante a répondu que son fils n'était pas son conseil. Elle a dit qu'elle souhaitait retourner en Inde même si elle s'attendait à y être détenue. Elle a déclaré qu'elle ne voulait pas revendiquer le statut de réfugiée. L'audience a été ajournée jusqu'au 9 février 1988 afin de lui donner le temps d'obtenir un passeport.

Les 5, 7 et 8 janvier 1988, les autorités de l'immigration ont pris contact avec M. Singh afin de connaître les intentions de la requérante. Le 8 janvier 1988, M. Singh a dit que la requérante voulait revendiquer le statut de réfugiée. Le 8 février 1988, M. Singh a téléphoné aux autorités pour dire que la requérante était incapable de se décider.

La séance du 9 février 1988 a été ajournée jusqu'au 15 mars 1988 parce que l'appelante, ayant eu un accident d'automobile, n'a pas pu comparaître.

Le 15 mars 1988, la requérante, encore une fois accompagnée par son fils Gursev, a déclaré à l'arbitre qu'elle ne voulait pas réclamer le statut de réfugiée. Elle n'avait pas de passeport, ne s'étant pas sentie assez bien pour en obtenir. Elle a décliné l'offre qu'on lui faisait de lui accorder plus de temps pour s'en procurer un. Elle a réitéré son intention de retourner en Inde, et elle a demandé à l'arbitre de lui fournir la documentation nécessaire pour ce faire. L'arbitre a conclu qu'elle était une personne décrite à l'alinéa 19(2)d) de la Loi. Il a refusé de lui accorder l'autorisation de séjour temporaire prévue à l'égard des visiteurs sous le régime du paragraphe 14(3) de la Loi. Une ordonnance d'exclusion a été prononcée.

Le 9 avril 1988, la requérante a réussi à s'enfuir de la ferme et à trouver un refuge à Toronto. Plus tard, elle a déménagé dans un refuge pour femmes.

In her affidavit of November 1, 1988, in support of her request for a reopening of her inquiry, she explains that during the inquiry she said she wanted to return to India because she was being tortured by Mr. Singh in Canada. She felt she would be in danger if she returned to India but she wanted to escape from the more immediate danger. She was unable to disclose any information to the Adjudicator about the way Mr. Singh treated her, as her son Gursev would have reported it to Mr. Singh. She says she was under great duress during the time of her inquiry and her ultimate decision not to pursue her claim for refugee status was dictated by the fact that she could not tolerate anymore the abuses of Mr. Singh. She said that Mr. Singh had told her sometime in January 1988 that Immigration had called but he never mentioned that Immigration was calling to say she should decide whether she wanted to claim refugee status. She told Mr. Singh, at the time, she wanted to talk to the people from Immigration but he refused to let her communicate with them. He never discussed options with her and suggested she return to India. She says she was confused about what she wanted to do at the time of the inquiry. She had no counsel, although offered that right by the Adjudicator, because Mr. Singh would not have allowed her to have a lawyer representing her interests. She never took any steps to obtain a passport because she thought she was in the refugee stream, through her husband's application. She did not understand she was supposed to obtain a passport. She was not allowed to leave the farm to get a passport application. In brief, she was confused about what she was doing and about the immigration process.

This uncontradicted affidavit contains evidence as to the reasons of the applicant's changes of heart between the moment she reached the port of entry where she expressed her intention to claim refugee status and the time of her inquiry when she told the Adjudicator she wished to return to India. There are indications that the pressure on her was such that she was not free to speak about

Dans l'affidavit en date du 1^{er} novembre 1988 qu'elle présente à l'appui de sa demande de réouverture d'enquête, la requérante explique que, si elle a dit qu'elle voulait retourner en Inde au cours de son enquête, c'était parce qu'elle était torturée par M. Singh au Canada. Elle considérait qu'elle serait en danger si elle retournait en Inde, mais elle voulait échapper à une menace plus immédiate. Elle était incapable de révéler les mauvais traitements qu'elle subissait aux mains de M. Singh à l'arbitre, puisque son fils Gursev aurait rapporté ses propos à M. Singh. Elle affirme qu'elle subissait une contrainte considérable lors de son enquête, pour ajouter qu'elle avait ultimement décidé de ne pas poursuivre sa revendication du statut de réfugiée parce qu'elle ne pouvait plus tolérer la violence de M. Singh. Au cours du mois de janvier 1988, M. Singh l'avait informée que les autorités de l'immigration avaient appelé, mais sans jamais mentionner que l'objet de ces communications était de l'aviser qu'elle devait prendre une décision concernant la revendication du statut de réfugiée. Elle a alors fait part à M. Singh de son intention de parler aux fonctionnaires de l'immigration, mais celui-ci a refusé de la laisser communiquer avec eux. Il n'a jamais discuté avec elle des possibilités qui lui étaient offertes et il lui a suggéré de retourner en Inde. Elle dit que ses intentions étaient confuses au moment de l'enquête. Si elle ne s'était pas fait représenter par un conseil, bien que l'arbitre lui ait offert de faire valoir ce droit, c'était parce que M. Singh ne l'aurait pas autorisée à confier ses intérêts à un avocat. Elle n'a jamais entrepris de démarche en vue d'obtenir un passeport car elle croyait qu'en raison de la demande de son mari, il était entendu qu'elle revendiquait le statut de réfugiée. Elle ne comprenait pas qu'elle devait obtenir un passeport. Il ne lui était pas permis de quitter la ferme pour se procurer une demande de passeport. En résumé, les décisions qu'elle devait prendre, comme la procédure de l'immigration, étaient confuses pour elle.

Dans cet affidavit non contredit figurent des éléments de preuve expliquant les différents changements d'intention manifestés par l'appelante entre le moment où elle a atteint le point d'entrée et exprimé son intention de revendiquer le statut de réfugiée et le moment où, au cours de son enquête, elle a déclaré à l'arbitre qu'elle désirait retourner en Inde. Il existe des indications selon

the situation she was in and unable to retain counsel to assist her in her choices. Duress vitiates consent in ordinary contractual situations. Likewise, the option she expressed at the hearing of March 15, 1988 cannot stand. Her affidavit of November 1, 1988 constitutes "additional evidence or testimony" within the provision of subsection 35(1) of the Act. Once it is brought to the attention of the Adjudicator, he has jurisdiction under that section to reopen the inquiry. He has no other choice except to annul the applicant's earlier option and to place the parties where they stood at the beginning. Once the state of mind of the applicant is expressed freely, the Adjudicator has only the powers of subsection 35(1) of the Act, i.e. to "confirm, amend or reverse any decision previously given by" him. The word "decision" has the meaning given to it by this Court in *Gray v. Fortier*, [1985] 2 F.C. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197. It is to be understood in the limited sense of being a determination, here, that the applicant is or is not a member of an inadmissible class, the "decision" being distinct from the order pronounced pursuant to section 32 of the Act. The Adjudicator's determination that the applicant is in violation of paragraph 19(2)(d) of the Act, will most likely be confirmed since, even with this additional evidence, the applicant remains a member of an inadmissible class. The Adjudicator, pursuant to subsection 45(1) of the Act, will have a duty however to adjourn the inquiry because of her refugee claim.

The Adjudicator will have no jurisdiction to quash the exclusion order pronounced on March 15, 1988 because of the even more limited jurisdiction he has under subsection 35(2) of the Act. It is only when he amends or reverses a decision pursuant to subsection (1), that he may quash an order. The exclusion order of March 15, 1988 would therefore remain, unless attacked in another proceeding, as being premature in light of the eventual adjournment of the inquiry.

lesquelles, en raison des pressions dont elle faisait l'objet, elle n'avait pas la liberté de parler de sa situation et elle était incapable de retenir les services d'un conseil qui l'aurait aidée à faire ses choix.

a Dans un cadre contractuel normal, la contrainte vicie le consentement. De la même manière, le choix qu'elle a exprimé à l'audience du 15 mars 1988 ne peut être valide. Son affidavit du 1^{er} novembre 1988 constitue «de nouveaux témoignages et . . . d'autres preuves» au sens du paragraphe 35(1) de la Loi. Une fois ces éléments portés à l'attention de l'arbitre, celui-ci, en vertu de cet article, est compétent à rouvrir l'enquête. Il n'a d'autre possibilité que d'annuler le choix antérieur du requérant et de replacer les parties dans la situation où elles se trouvaient au départ. Une fois que le requérant a exprimé son choix librement, l'arbitre n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui confère le paragraphe 35(1) de la Loi, savoir

d «confirmer, modifier ou révoquer . . . [sa] décision antérieure». Le sens du mot «décision» est celui que lui a donné cette Cour dans l'arrêt *Gray c. Fortier*, [1985] 2 C.F. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197. Ce terme doit recevoir le sens restreint

e d'une conclusion portant, en l'espèce, que la requérante appartient ou non à une catégorie non admissible, la «décision» se distinguant de l'ordonnance prononcée en vertu de l'article 32 de la Loi. La conclusion de l'arbitre que la requérante ne satisfait pas aux exigences de l'alinéa 19(2)d) de la Loi sera de toute évidence confirmée puisque, même avec la nouvelle preuve qui est présentée, la requérante continue d'appartenir à une catégorie non admissible. L'arbitre, sous le régime du paragraphe 45(1) de la Loi, aura toutefois le devoir

g d'ajourner l'enquête en raison de la demande du statut de réfugiée de la requérante.

h

La compétence conférée à l'arbitre sous le régime du paragraphe 35(2) de la Loi étant encore plus limitée, celui-ci ne sera pas habilité à annuler l'ordonnance d'exclusion prononcée le 15 mars 1988. Il ne peut infirmer une ordonnance que lorsqu'il modifie ou révoque une décision en vertu du paragraphe (1). L'ordonnance d'exclusion du 15 mars 1988 serait donc maintenue, à moins qu'elle ne soit contestée dans un autre acte de procédure, au motif qu'elle est prématurée compte tenu de l'ajournement éventuel de l'enquête.

Gray v. Fortier, which I have referred to and applied, must however be distinguished in part. There, an individual had made a claim for refugee status during an inquiry. As required by subsection 45(1), the inquiry was adjourned pending determination of the refugee claim. When that claim was rejected by the Minister, the applicant applied to the Immigration Appeal Board for redetermination. The Immigration Appeal Board dismissed the application so the applicant applied to this Court for review under section 28 of the *Federal Court Act*. While these proceedings were pending, the Adjudicator resumed the inquiry and pronounced the deportation order. The Federal Court of Appeal then set aside the decision of the Immigration Appeal Board and referred the matter back to the Board for the holding of a proper hearing on the applicant's application for a redetermination of his claim. Counsel for the applicant wrote to the Adjudicator asking him to reopen the inquiry so that the judgment which had set aside the decision of the Immigration Appeal Board be proved and the deportation order quashed on the ground that it had been made without jurisdiction. The Adjudicator refused to accede to that request since, in his view, he did not have the power to reopen the inquiry for the purpose of receiving evidence showing that he had acted without jurisdiction when he had resumed the inquiry and pronounced the deportation order. A section 28 application was brought before this Court. Pratte J., for the majority, dismissed the application. He distinguished the meaning of the word "decision", to be found in both subsections 35(1) and (2), with the word "order", in subsection 35(2), with the result that section 35 could not authorize the reopening of an inquiry for the purpose of receiving evidence related only to the order. He limited the jurisdiction of the Adjudicator in subsection 35(1) by stating that such subsection gives adjudicators "the power to reopen inquiries for the sole purpose of receiving new evidence which may warrant a change or reversal of a decision previously given". He specifically said (at pages 528-529 F.C.):

L'arrêt *Gray c. Fortier*, que j'ai déjà mentionné et appliqué, doit toutefois être distingué en partie de l'espèce. Dans cette affaire, une personne avait présenté une revendication du statut de réfugié au cours d'une enquête. Comme l'exigeait le paragraphe 45(1), l'enquête a été ajournée jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la revendication du statut de réfugié. Lorsque cette demande a été rejetée par le ministre, le requérant a présenté une demande de réexamen à la Commission d'appel de l'immigration. La Commission d'appel de l'immigration ayant rejeté la demande, le requérant a présenté une demande d'examen auprès de notre Cour conformément à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Alors que ces procédures étaient pendantes, l'arbitre a repris l'enquête et il a prononcé l'ordonnance d'expulsion. La Cour d'appel fédérale a alors annulé la décision de la Commission d'appel de l'immigration, pour renvoyer la question devant la Commission afin qu'elle tienne une audience régulière concernant la demande de réexamen de la revendication du requérant. L'avocat du requérant a alors écrit à l'arbitre pour lui demander de rouvrir l'enquête pour faire la preuve du jugement qui avait annulé la décision de la Commission d'appel de l'immigration et ainsi obtenir l'annulation de l'ordonnance d'expulsion au motif qu'elle avait été prononcée sans compétence. L'arbitre a refusé d'accéder à cette requête car, selon lui, il n'avait pas le pouvoir de rouvrir l'enquête afin de recevoir des éléments de preuve établissant qu'il avait agi sans compétence lorsqu'il avait repris l'enquête et prononcé l'ordonnance d'expulsion. Une demande fondée sur l'article 28 a été présentée devant notre Cour. Le juge Pratte, prononçant les motifs de la majorité, a rejeté la demande. Il a établi une distinction entre le sens du mot «décision», qui figurait à la fois au paragraphe 35(1) et au paragraphe 35(2), et celui du mot «ordonnance» du paragraphe 35(2); il en découlait que l'article 35 ne pouvait permettre qu'une enquête soit rouverte afin de recevoir des éléments de preuve se rapportant uniquement à l'ordonnance. Il a limité la compétence accordée à l'arbitre sous le régime du paragraphe 35(1) en déclarant que ce paragraphe donne aux arbitres «le pouvoir de rouvrir les enquêtes pour la seule fin de recevoir de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification ou la révocation d'une décision déjà rendue». Il a expressément déclaré (aux pages 528 et 529 C.F.):

Section 35 of the Act does not give adjudicators an unqualified power to review their decisions and reopen inquiries. The powers conferred by that section are more limited.

Subsection 35(1) gives adjudicators the power to reopen inquiries for the sole purpose of receiving new evidence which may warrant a change or reversal of a decision previously given. An adjudicator, therefore, may not reopen an inquiry for the sole purpose of changing a decision (without receiving new evidence) or for receiving evidence which could not lead to a change or reversal of a previous decision. This conclusion is not without importance because subsection 35(2) makes clear that the word "decision", in subsection 35(1), must be given a very precise and narrow meaning.

Under subsection 35(2), when an adjudicator, after having reopened an inquiry and received new evidence, amends or reverses a decision pursuant to subsection (1), he may quash any order or notice that may have been made and when he quashes any such order or notice, he shall therefore take the appropriate action pursuant to section 32. In order to understand that provision, it is necessary to refer to section 32 which clearly indicates that, at the conclusion of an inquiry, an adjudicator must first make certain decisions and must also, after those decisions are made, issue orders or notices. In the case of an inquiry held following a section 20 report, the adjudicator must first decide whether the subject of the inquiry is a person described in subsection 14(1) and, if he is not, whether he is admissible in the country; in the case of an inquiry held following a section 27 report, the adjudicator must first decide whether the subject of the inquiry is a person described in section 27. Once one of these decisions has been arrived at, the adjudicator must take the action prescribed by section 32 and, in certain circumstances, must make a deportation order or an exclusion order or issue a departure notice. Those are the orders and notices which, according to subsection 35(2), may be quashed when an adjudicator has amended or reversed a decision pursuant to subsection 35(1). The decision that may be changed or reversed under subsection 35(1) is not the order or notice that was made or issued at the conclusion of the inquiry. The word "decision" in that subsection clearly refers to the determination made by an adjudicator that a person is or is not either described in subsection 14(1) or admissible or described in section 27. Section 35, therefore, does not authorize the reopening of an inquiry for the purpose of receiving evidence related only to the order made at the conclusion of the inquiry.

These words however have to be understood in context. In *Gray v. Fortier*, counsel was aiming at quashing the order. He could not hope to achieve this purpose unless the evidence presented could warrant a change or reversal of the decision. If the words of Pratte J., that a reopening can be granted only when additional evidence may warrant a change or reversal of a decision previously given, were to be understood literally as setting one rule for all cases, an adjudicator, in the extreme, might

L'article 35 de la Loi ne confère pas aux arbitres un pouvoir illimité en matière de réexamen de leurs décisions et de réouverture d'enquêtes. Les pouvoirs accordés par cet article sont en effet plus restreints.

^a Le paragraphe 35(1) donne aux arbitres le pouvoir de rouvrir les enquêtes pour la seule fin de recevoir de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification ou la révocation d'une décision déjà rendue. Par conséquent, un arbitre ne peut rouvrir une enquête dans le seul but de modifier une décision (sans recevoir de nouveaux éléments de preuve) ou de recevoir des éléments de preuve qui ne pourraient conduire à la modification ou à la révocation d'une décision antérieure. Cette conclusion n'est pas sans importance puisque le paragraphe 35(2) établit clairement qu'il faut donner au mot «décision» du paragraphe 35(1) un sens très précis et étroit.

^c En vertu du paragraphe 35(2), l'arbitre qui, après avoir rouvert une enquête et reçu de nouveaux éléments de preuve, modifie ou révoque une décision conformément au paragraphe (1), peut infirmer toute ordonnance ou tout avis et, le cas échéant, doit prendre les mesures appropriées conformément à l'article 32. Pour bien comprendre cette disposition, il est nécessaire de se reporter à l'article 32 qui indique clairement ^d qu'au terme d'une enquête, un arbitre doit d'abord prendre certaines décisions et ensuite, une fois ces décisions prises, prononcer des ordonnances ou des avis. Dans le cas d'une enquête tenue à la suite du rapport prévu à l'article 20, l'arbitre doit d'abord déterminer si la personne faisant l'objet de l'enquête est visée au paragraphe 14(1) et, dans le cas contraire, ^e décider si elle est admissible au pays; dans le cas d'une enquête tenue à la suite du rapport prévu à l'article 27, l'arbitre doit d'abord déterminer si la personne faisant l'objet de l'enquête est visée à l'article 27. Dès qu'une de ces décisions a été rendue, l'arbitre doit alors prendre la mesure prescrite par l'article 32 et, dans certaines circonstances, il doit prononcer une ordonnance ^f d'expulsion ou une ordonnance d'exclusion ou encore émettre un avis d'interdiction de séjour. Voilà les ordonnances et avis qui, suivant le paragraphe 35(2), peuvent être infirmés par l'arbitre qui modifie ou révoque une décision conformément au paragraphe 35(1). La décision susceptible d'être modifiée ou révoquée en vertu du paragraphe 35(1) n'est pas l'ordonnance ^g ou l'avis qui a été rendu au terme de l'enquête. Le mot «décision» utilisé dans ce paragraphe vise clairement la décision d'un arbitre concluant qu'une personne est soit visée ou non au paragraphe 14(1), soit admissible ou non, soit visée ou non à l'article 27. Par conséquent, l'article 35 n'autorise pas la réouverture d'une enquête afin de recevoir des éléments de preuve se ^h rapportant uniquement à l'ordonnance prononcée au terme de l'enquête en question.

Ce passage doit toutefois être interprété selon son contexte. Dans l'arrêt *Gray c. Fortier*, l'avocat du requérant cherchait à faire infirmer l'ordonnance. Il ne pouvait espérer atteindre ce but que si la preuve présentée était susceptible de justifier la modification ou la révocation de la décision. Dans l'hypothèse où les propos du juge Pratte, selon lesquels une réouverture peut seulement être accordée si des éléments de preuve additionnels sont susceptibles de justifier la modification ou la

find himself in a situation where he could only receive additional evidence if he were virtually certain that a change or reversal of the decision would ensue. The word "confirm" in subsection 35(1) of the Act could seldom, if ever, receive application, except in the odd cases where the evidence would turn out to be weaker than perceived originally. Yet, as drafted, section 35 might receive a broader interpretation. Admittedly, more often than not, a reopening for a confirmation could become an exercise in futility. In the case at bar, however, this is not so. The evidence contains vital information of a fundamental nature which, in the extraordinary circumstances in this case, could have the effect of nullifying a large part of the earlier evidence which was before the Adjudicator and which because of subsection 45(1) of the Act, might change the course of the inquiry the Adjudicator is responsible for, once a refugee claim is made. Nothing, neither in *Gray v. Fortier*, nor in section 35 as drafted, prevents a reopening of the inquiry in those circumstances, subsection 35(2) being respected.

Minister of Employment and Immigration v. Hudnik, [1980] 1 F.C. 180; (1979), 103 D.L.R. (3d) 308 (C.A.) is distinguished. There, the respondent, a citizen of Yugoslavia, never claimed to be a Convention refugee during the course of his inquiry. Only later, some five months after the deportation order was pronounced, did he make a claim for refugee status. *Mandamus* was denied. Pratte J., for the Court, said (at page 182):

When the respondent made his application, there was an outstanding deportation order against him. The duty of the appellant and of his officials, under section 50 of the Act, was to execute that order "as soon as reasonably practicable". They were not relieved of that duty because the respondent had chosen to seek admission into the country. Furthermore, neither the appellant nor his officials had the obligation to consider an application which could not be entertained favourably without impliedly setting aside the deportation order made against the respondent.

révocation de la décision antérieure, devraient s'interpréter littéralement, et être considérés comme établissant une règle unique et universelle, un arbitre, à la limite, risquerait de se trouver dans la situation où il ne pourrait recevoir des éléments de preuve additionnels que s'il était pratiquement certain que ceux-ci entraîneraient la modification ou la révocation de la décision en cause. Sauf dans les cas exceptionnels où la preuve présentée s'avérerait plus faible qu'elle n'apparaissait au départ, le mot «confirmer» du paragraphe 35(1) de la Loi se verrait rarement, sinon jamais, appliqué. Cependant, rédigé comme il l'est, l'article 35 pourrait recevoir une interprétation plus large que celle qui précède. Il est vrai que, plus souvent qu'autrement, le fait de rouvrir l'enquête pour aboutir à une confirmation risquerait de se révéler un exercice futile. Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce. La preuve comporte des renseignements cruciaux et fondamentaux qui, dans les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, pourraient annuler une grande partie de la preuve déjà présentée devant l'arbitre, et qui, par le jeu du paragraphe 45(1) de la Loi, seraient susceptibles de modifier le cours de l'enquête dont l'arbitre est responsable, une fois présentée une revendication du statut de réfugié. Rien dans l'arrêt *Gray c. Fortier* comme dans le texte de l'article 35 n'empêche la réouverture de l'enquête dans de telles circonstances, à la condition que le paragraphe 35(2) soit respecté.

L'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Hudnik*, [1980] 1 C.F. 180; (1979), 103 D.L.R. (3d) 308 (C.A.) doit être distingué de l'espèce. Dans cette affaire, l'intimé, un citoyen de la Yougoslavie, n'avait jamais prétendu être un réfugié au sens de la Convention au cours de l'enquête. Il n'a présenté une revendication du statut de réfugié que plus tard, environ cinq mois après le prononcé de l'ordonnance d'expulsion. Le bref de *mandamus* sollicité a été refusé. Le juge Pratte, prononçant les motifs de la Cour, a dit (à la page 182):

Lorsque l'intimé a présenté sa demande, il était déjà sous le coup d'une ordonnance d'expulsion. En vertu de l'article 50 de la Loi, il incombait à l'appellant et à ses fonctionnaires de mettre cette ordonnance à exécution «dès que les circonstances le permettent». Cette obligation n'a pas cessé d'exister du fait que l'intimé a choisi de demander son admission au pays. En outre, ni l'appellant ni ses fonctionnaires n'étaient tenus de considérer une demande qui ne pouvait être accueillie sans implicitement infirmer l'ordonnance d'expulsion prononcée contre l'intimé.

There was not in *Hudnik* any indication that the respondent had new and vital evidence of a fundamental character to present, such as that he had not been free to express himself nor to obtain counsel at the inquiry, nor any indication that before the inquiry he had been planning to make a claim at the inquiry.

For the above reasons, I would allow the section 28 application and set aside the decision of the Adjudicator dated November 22, 1988. I would refer the matter back to an adjudicator for reconsideration on the basis that he has jurisdiction to reopen the inquiry in the circumstances of this case.

Dans l'affaire *Hudnik*, rien n'indiquait que l'intimé détînt une preuve cruciale et fondamentale, comme la preuve qu'il n'avait pas pu s'exprimer librement ou obtenir les services d'un conseil lors de l'enquête, et rien n'indiquait non plus que, avant l'enquête, il avait projeté de présenter une revendication lors de l'enquête.

Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais la demande fondée sur l'article 28 et j'annulerais la décision de l'arbitre en date du 22 novembre 1988. Je renverrais la question devant un arbitre pour qu'il la réexamine en tenant pour acquis qu'il est compétent à rouvrir l'enquête dans les circonstances de la présente affaire.