

T-1769-89

T-1769-89

**Toronto Star Newspapers Ltd., Southam Inc., Paul Watson, and James Poling (Applicants)**

v.

**Joseph Kenney, Robert Reford, Mahmoud Mohammad Issa Mohammad and The Attorney General of Canada (Respondents)**

and

**Canadian Broadcasting Corporation (Intervener)**

INDEXED AS: TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. v. KENNEY (T.D.)

Trial Division, Martin J.—Ottawa, September 15 and 19, 1989; February 13, 1990.

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Immigration Act, s. 29(3) providing inquiries in camera unless established on application by member of public conduct of inquiry in public not impeding inquiry and subject of inquiry or family members not adversely affected — Media application for access to credible basis hearing refused — Charter, s. 2(b) guaranteed freedom of press versus individual's Charter, s. 7 rights — Assertion of right to access to judicial or quasi-judicial proceeding under s. 2(b) satisfying burden on applicants under s. 29(3) and onus shifting to person seeking to exclude press — S. 29(3) not unconstitutional as real discretion in adjudicator — Mandatory in camera hearings infringing freedom of press — S. 29(3) criticized as literal interpretation placing impossible onus on applicant to prove public hearing not detrimental — If absolute confidentiality desired, credible basis inquiry should be administrative, not judicial proceeding.*

*Immigration — Practice — Adjudicator denying applications under Immigration Act, s. 29(3) to hold inquiry in public based solely on submissions — Mere assertion of right to access to judicial proceeding shifting onus imposed by s. 29(3) to person seeking to exclude media — Although evidentiary basis required to support Adjudicator's decision, evidence may be received under conditions preventing its disclosure and publication — S. 83.1 leave not required to attack constitutional validity of legislation although required to question decision of Adjudicator under Federal Court Act, s. 18.*

This was an application for an order quashing the Adjudicator's decision that the initial refugee hearing be held in the absence of the applicants; prohibiting the Adjudicator from continuing the inquiry until he has heard the application to have the inquiry conducted in public; and directing the

**Toronto Star Newspapers Ltd., Southam Inc., Paul Watson, et James Poling (requérants)**

a c.

**Joseph Kenney, Robert Reford, Mahmoud Mohammad Issa Mohammad et le Procureur général du Canada (intimés)**

b et

**Société Radio-Canada (intervenante)**

RÉPERTORIÉ: TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. c. KENNEY (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Martin—Ottawa, 15 et 19 septembre 1989; 13 février 1990.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — L'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration prévoit la tenue des enquêtes à huis clos sauf si, quelqu'un en ayant fait la demande, il est démontré que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés — La demande des médias d'assister à l'audience sur le minimum de fondement a été rejetée — Opposition entre liberté de la presse garantie à l'art. 2(b) de la Charte et les droits de l'individu consacrés à l'art. 7 de la Charte — L'affirmation du droit à l'accès aux procédures judiciaires ou quasi judiciaires fondé sur l'art. 2(b) satisfait à l'obligation de preuve imposée aux requérants par l'art. 29(3), laquelle passe à celui qui cherche à exclure la presse — L'art. 29(3) n'est pas anticonstitutionnel car l'arbitre a un véritable pouvoir discrétionnaire — Le huis clos obligatoire enfreint la liberté de la presse — L'art. 29(3) est critiqué au motif que son interprétation littérale impose aux requérants l'obligation impossible de prouver que l'audience publique ne causera aucun préjudice — Si la confidentialité absolue est souhaitée, l'enquête sur le minimum de fondement devrait être une procédure administrative et non judiciaire.*

*Immigration — Pratique — L'arbitre rejette en vertu de l'art. 29(3) les demandes visant la tenue de l'enquête en public en se fondant seulement sur des observations — La simple affirmation du droit d'accès aux procédures judiciaires reporte l'obligation de preuve imposée par l'art. 29(3) sur la personne qui cherche à exclure la presse — Bien que des éléments de preuve soient requis à l'appui de la décision de l'arbitre, cette preuve peut être reçue dans des conditions qui préviennent sa divulgation et sa publication — L'autorisation visée à l'art. 83.1 n'est pas nécessaire pour attaquer le caractère constitutionnel d'une mesure législative bien qu'elle soit requise pour contester la décision de l'arbitre en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale.*

Les requérants demandent une ordonnance qui annule la décision par laquelle l'arbitre a ordonné que l'audience initiale sur le minimum de fondement soit tenue hors la présence des requérants; qui interdit à l'arbitre de poursuivre son enquête jusqu'à ce qu'il ait entendu la demande visant à faire ouvrir

Adjudicator to apply *Immigration Act*, subsection 29(3) in a manner consistent with the Charter. Subsection 29(3) provides that an inquiry shall be held *in camera* unless it is established on application by a member of the public that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the subject of the inquiry or members of his family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public. Pursuant to applications to hold the hearing in public, the Adjudicator decided to exclude the applicants on the ground that the disclosure of certain evidence could prejudice the safety of others. No evidence was called and the decision was based solely on submissions. The applicants submitted that (1) the Adjudicator erred in exercising his discretion solely upon the submissions of counsel; (2) subsection 29(3) must be interpreted to place the onus on the refugee claimant to prove that a public hearing would impede it or adversely affect the immigrant or his family, as placing the onus on the member of the public would be an impossible onus; and (3) subsection 29(3) should be declared unconstitutional as infringing upon Charter, paragraph 2(b) guarantee of freedom of the press and access to quasi-judicial proceedings. The Attorney General submitted that a refugee claimant's Charter, section 7 rights were of a higher order than the paragraph 2(b) rights of the applicants or, alternatively that subsection 29(3) represented reasonable limits imposed upon the applicants' paragraph 2(b) rights. Counsel for the refugee claimant argued that since the onus is upon the applicants to show that conduct of the inquiry in public will not impede it, if they fail to call evidence to discharge the burden, the Adjudicator can exercise his discretion under subsection 29(3) without hearing any evidence.

*Held*, the application to quash the Adjudicator's decision and for prohibition should be allowed; the application for a declaration that subsection 29(3) of the *Immigration Act* is unconstitutional should be denied.

Leave to proceed under *Immigration Act*, section 83.1 is not required where the constitutional validity of legislation is questioned. Section 83.1 directs itself to *Federal Court Act*, section 18 proceedings questioning decisions of adjudicators.

*Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)*, stands for the proposition that a provision in a statute which calls for mandatory *in camera* hearings infringes upon the freedom of the press guaranteed in Charter, paragraph 2(b) and is unconstitutional unless the Crown can discharge the burden of establishing that the limitation imposed would be demonstrably justified in a free and democratic society. If subsection 29(3) were to be applied literally, the burden of proof upon the applicants would be impossible to discharge. An applicant cannot prove that no member of a refugee claimant's family would be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public when he does not have any idea who or where those family members are. Likewise, the question of whether the conduct of an inquiry would impede the inquiry depends upon the evidence which the refugee claimant intends to lead. The concerns about fully disclosing his reasons for claiming refugee status are uniquely within the knowledge of the refugee claimant. If the burden of proof placed upon the member of the public by subsection

l'enquête au public; et qui ordonne à l'arbitre d'appliquer le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* de façon compatible avec la Charte. Le paragraphe 29(3) prévoit que l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, quelqu'un lui en ayant fait la demande, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés. À la suite de demandes visant la tenue de l'audience en public, l'arbitre a décidé d'exclure les requérants au motif que la divulgation de certains éléments de preuve pouvait compromettre la sécurité d'autrui. Aucune preuve n'a été produite et la décision de l'arbitre était uniquement fondée sur des observations. Les requérants ont soutenu que (1) l'arbitre a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire sur la seule foi des observations des avocats; (2) le paragraphe 29(3) doit être interprété comme imposant au demandeur de statut l'obligation de prouver qu'une audience tenue en public entraverait cette dernière ou que l'intéressé et sa famille s'en trouveraient lésés, car imposer la charge de la preuve au public, ce serait lui imposer un fardeau impossible; et (3) le paragraphe 29(3) devrait être déclaré inconstitutionnel parce qu'il est contraire à la liberté de la presse et à l'accès aux procédures quasi judiciaires garantis à l'alinéa 2b) de la Charte. Le procureur général a fait valoir que les droits du demandeur de statut garantis à l'article 7 de la Charte l'emportent sur les droits accordés aux requérants à l'alinéa 2b) ou, subsidiairement, que le paragraphe 29(3) constituait une limite raisonnable imposée aux droits accordés aux requérants par l'alinéa 2b). L'avocate du demandeur de statut a soutenu que puisqu'il appartient aux requérants de prouver que la tenue en public de l'enquête ne compromettra pas cette dernière, en l'absence de preuve de leur part, l'arbitre est en droit d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il tient du paragraphe 29(3) sans entendre de témoignages.

*Jugement*: la demande visant l'annulation de la décision de l'arbitre et la délivrance d'un bref de prohibition devrait être accueillie; la demande visant à faire déclarer inconstitutionnel le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* devrait être rejetée.

L'autorisation de procéder conformément à l'article 83.1 de la *Loi sur l'immigration* n'est pas requise lorsqu'est contestée la constitutionnalité d'une mesure législative. L'article 83.1 vise les procédures fondées sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui contestent les décisions rendues par les arbitres.

L'arrêt *Re Southam and the Queen (No. 1)*, appuie la proposition selon laquelle une disposition d'une loi qui impose obligatoirement des audiences à huis clos porte atteinte à la liberté de la presse garantie par l'alinéa 2b) de la Charte et est inconstitutionnelle, à moins que la Couronne ne s'acquitte du fardeau d'établir que la justification de la limite imposée à la liberté de la presse pourrait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si l'on devait appliquer littéralement le paragraphe 29(3), les requérants seraient incapables de s'acquitter du fardeau de la preuve qui leur serait imposé. Il est impossible à un requérant de prouver qu'aucun membre de la famille du demandeur de statut ne serait lésé si l'enquête devait être tenue en public alors qu'il peut fort bien ignorer qui sont les membres de la famille du demandeur de statut, et où ils se trouvent. De même, la question de savoir si la tenue d'une enquête en public compromettrait cette dernière, dépend de la preuve qu'entend produire le demandeur de statut. Les faits à la source de la répugnance du demandeur de statut à révéler les

29(3) is impossible to discharge, and if the exercise of the Adjudicator's discretion in favour of conducting the hearing in public is dependent upon the member of the public meeting that burden, then in fact there is no discretion and subsection 29(3) would have to be declared unconstitutional. However, in *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the Federal Court of Appeal held that the assertion of a right to access to a judicial or quasi-judicial proceeding founded upon paragraph 2(b) of the Charter must of itself satisfy that burden and shift the onus to the person seeking to exclude the press. Given that interpretation of subsection 29(3), the constitutional balance between the right of access to the hearing and the protection of the rights of the refugee claimant have been maintained by the restoration of a real discretion in the adjudicator to determine on a case-by-case basis whether or not the credible basis hearing should be held *in camera* or in public.

While an evidentiary basis to support the Adjudicator's decision is required, a person seeking to exclude the press ought to be afforded the opportunity to present his evidence under conditions that will prevent its disclosure and publication.

As to the submission that an *in camera* hearing is the only way to encourage refugee claimants to make their claims, as long as the screening process is in the nature of a judicial procedure, it seems a contradiction in terms to suggest that the fact of the application and the identity of the refugee claimant be kept confidential. In order for a member of the public to exercise the right to apply to have the hearing conducted in public, both facts would have to have been given some publicity. If Parliament wants total confidentiality, the credible basis hearing should be removed from the judicial process and be conducted on an administrative basis.

#### 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, 2(b), 7.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 337(2)(b), 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 29 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 99), 83.1 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 19).  
*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 29.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.);

raisons pour lesquelles il revendique le statut de réfugié ne sont connus que de lui. S'il est impossible au public de s'acquitter du fardeau de la preuve que lui impose le paragraphe 29(3), et si l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre en faveur de la tenue en public de l'audience dépend de l'exécution de cette obligation, alors il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire et le paragraphe 29(3) devrait être déclaré inconstitutionnel. Cependant, dans l'arrêt *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour d'appel fédérale a statué que l'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'alinéa 2b) de la Charte doit en soi répondre à ce fardeau et imposer celui-ci à la personne qui demande que la presse soit exclue. Étant donné cette interprétation du paragraphe 29(3), l'équilibre constitutionnel entre le droit d'accès et la protection des droits du demandeur de statut a été préservé par la restitution à l'arbitre d'un véritable pouvoir discrétionnaire, celui de déterminer dans chaque cas d'espèce si l'audience sur le minimum de fondement devrait être tenue à huis clos ou en public.

Bien que la décision de l'arbitre doit reposer sur des éléments de preuve, la personne qui demande d'exclure la presse devrait avoir la possibilité de présenter des éléments de preuve nécessaires dans des conditions qui empêcheront leur divulgation et leur publication.

Pour ce qui est de la prétention que l'audience à huis clos est la seule façon d'inciter les demandeurs de statut à faire leurs revendications, tant que le processus de sélection participera d'une procédure judiciaire, il semble contradictoire de laisser entendre que tant la demande que l'identité du demandeur de statut vont être gardées confidentielles. Pour que le public puisse exercer le droit de demander la tenue en public de l'audience, il faut que la demande et l'identité de l'intéressé aient reçu quelque publicité. Si le législateur veut la confidentialité totale, il faudrait retirer l'audience sur le minimum de fondement du processus judiciaire pour le reléguer au plan administratif.

#### 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, 2b), 7.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99), 83.1 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19).  
*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 29.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 337(2)b), 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.);

*Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 419 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 12 (F.C.T.D.). *a*

## AUTHORS CITED

Canada, House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue no. 25 (April 23, 1985), at pp. 25:17-25:18 and Issue no. 29 (May 9, 1985), at pp. 29:22-29:23. *b*

## COUNSEL:

*R. Juriansz* and *Paul B. Schabas* for applicants.  
*Marlys A. Edwardh* for respondent Mahmoud Mohammad Issa Mohammad.  
*Charlotte A. Bell* and *Debra M. McAllister* *d* for respondent Attorney General of Canada.

*G. Michael W. Hughes* for intervener Canadian Broadcasting Corporation. *e*

## SOLICITORS:

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, for applicants.  
*Ruby and Edwardh*, Toronto, for respondent *f* Mahmoud Mohammad Issa Mohammad.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Attorney General of Canada.  
*Legal Services*, Canadian Broadcasting Corporation, Toronto, for intervener Canadian *g* Broadcasting Corporation.

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

MARTIN J.: The applicants apply pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] for the following relief:

- (1) an order granting leave to commence this application, if necessary; *i*
- (2) an interim order prohibiting the respondent Joseph Kenney from continuing with the inquiry until this motion is finally determined; *j*
- (3) an order permitting this motion to be heard on short notice;

*Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 419 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 12 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Procès-verbal et témoignages*, fascicule n° 25 (23 avril 1985), aux p. 25:17 et 25:18 et fascicule n° 29 (9 mai 1985), aux p. 29:22 et 29:23.

## AVOCATS:

*R. Juriansz* et *Paul B. Schabas* pour les requérants.  
*Marlys A. Edwardh* pour l'intimé Mahmoud Mohammad Issa Mohammad.  
*Charlotte A. Bell* et *Debra M. McAllister* pour l'intimé le sous-procureur général du Canada.  
*G. Michael W. Hughes* pour l'intervenante Société Radio-Canada.

## PROCUREURS:

*Blake, Cassels & Graydon*, Toronto, pour les requérants.  
*Ruby and Edwardh*, Toronto, pour l'intimé Mahmoud Mohammad Issa Mohammad.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé le procureur général du Canada.  
*Services juridiques*, Société Radio-Canada, Toronto, pour l'intervenante Société Radio-Canada.

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

LE JUGE MARTIN: Les requérants demandent en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] la réparation suivante:

- (1) une ordonnance leur accordant l'autorisation d'introduire cette demande, si nécessaire;
- (2) une ordonnance provisoire interdisant à l'intimé Joseph Kenney de poursuivre l'enquête jusqu'à l'issue finale de cette requête;
- (3) une ordonnance autorisant l'audition de cette requête à bref délai;

(4) an order in the nature of *certiorari* and prohibition quashing the decision of the respondent Adjudicator, Joseph Kenney, made on August 22, 1989, that the initial refugee hearing into the status of Mahmoud Mohammad Issa Mohammad be held in the absence of the applicants, and prohibiting the respondent Joseph Kenney from continuing with the inquiry until the applicants are permitted to be present;

(5) an order in the nature of *mandamus* directing the respondent Adjudicator, Joseph Kenney, to permit the applicants to be present at the inquiry;

(6) an order pursuant to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* directing that the respondent Adjudicator Joseph Kenney conduct the inquiry and interpret and apply subsection 29(3) of the *Immigration Act* in a manner consistent with paragraph 2(b) of the Charter.

After hearing counsel on the first grounds of relief made pursuant to section 83.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] (the "Act"), leave was granted to proceed with the section 18 application attacking the August 22, 1989 decision of the respondent Joseph Kenney (the "Adjudicator") excluding the applicants, as representatives of the news media, from the credible basis hearing proposed to be conducted under the provisions of the Act and in accordance with the provisions set out in section 29.

Counsel for the applicants argued that leave to proceed under section 83.1 of the Act was not required with respect to the relief requested in paragraph (6) in so far as that relief raised the issue of the constitutional validity of section 29 of the Act. I am in accord with that submission. Section 83.1 directs itself to proceedings under section 18 of the *Federal Court Act* with respect to decisions or orders made or matters arising under the *Immigration Act*, or the Rules or Regulations, and not with respect to the constitutional validity of any particular section of the Act.

Accordingly, to the extent that the application raises a question with respect to the constitutional

(4) un bref de prohibition et de *certiorari* annulant la décision en date du 22 août 1989 par laquelle l'arbitre Joseph Kenney permettait que l'audience initiale relative au statut de réfugié de Mahmoud Mohammad Issa Mohammad soit tenue hors la présence des requérants, et interdisant à l'arbitre intimé Joseph Kenney de poursuivre l'enquête tant que les requérants n'auront pas été autorisés à y assister;

(5) un bref de *mandamus* ordonnant à l'arbitre intimé Joseph Kenney, d'autoriser les requérants à assister à l'enquête;

(6) une ordonnance visée au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ordonnant à l'arbitre intimé Joseph Kenney de tenir l'enquête concernée et d'interpréter et d'appliquer le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* d'une façon qui soit compatible avec l'alinéa 2b) de la Charte;

Après que l'avocat des requérants ait exposé ses premiers moyens fondés sur l'article 83.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), chap. 28, art. 19] (la «Loi»), l'autorisation a été accordée à l'audition de la demande fondée sur l'article 18 qui attaquait la décision en date du 22 août 1989 par laquelle l'intimé Joseph Kenney (l'«arbitre») excluait les requérants, en qualité de représentant des médias d'information, de l'audience sur le minimum de fondement projetée en application des dispositions de la Loi et notamment des dispositions de l'article 29.

L'avocat des requérants a fait valoir que l'autorisation de procéder conformément à l'article 83.1 de la Loi n'était pas requise à l'égard de la réparation sollicitée au paragraphe (6) dans la mesure où cette réparation soulevait la question de la constitutionnalité de l'article 29 de la Loi. Je suis d'accord. L'article 83.1 vise les procédures fondées sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues dans le cadre de la *Loi sur l'immigration* ou de ses textes d'application—règlements ou règles—ou de toute question soulevée dans ce cadre, et non pour ce qui est de la constitutionnalité d'un article quelconque de la Loi.

Conséquemment, dans la mesure où la demande soulève la question de la constitutionnalité de l'ar-

validity of section 29 of the *Immigration Act*, no leave is required under section 83.1 of the Act. To the extent that the application questions the decision of the Adjudicator made under subsection 29(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 99] of the Act, leave to appeal to this Court is required and was granted by me on September 15, 1989.

The interim order prohibiting the continuation of the inquiry before the Adjudicator sought by the applicants was not pressed because, as I recall, counsel informed me that the Adjudicator had decided to postpone the continuation of the hearing pending the decision of this Court. Apparently no order was made in response to that portion of the application.

The application for an order permitting the application to be heard on short notice does not appear to have been addressed by counsel. As no objection was made by counsel for the other parties and as the application proceeded in any event, it can be taken that leave was given to proceed on short notice.

Other motions were made by Canadian Broadcasting Corporation, in similar proceedings numbered T-1783-89 and T-1799-89, as a result of which leave was given to discontinue those proceedings and to add Canadian Broadcasting Corporation as an intervener in this application and in the Federal Court action number T-1798-89.

Finally, in the applicants' Federal Court action number T-1798-89, a motion was filed by counsel for the applicants at the opening of the proceedings on September 15, 1989 for an order pursuant to Rule 474 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] for a determination of whether section 29 of the Act or a part thereof is inconsistent with paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and therefore of no force and effect. I was informed by counsel that the motion was filed at the Toronto Registry on September 12, 1989 but for some reason it did not find its way to Ottawa

ticle 29 de la *Loi sur l'immigration*, l'autorisation prévue à l'article 83.1 de la Loi n'est pas nécessaire. Dans la mesure où la demande met en question la décision rendue par l'arbitre en application du paragraphe 29(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99] de la Loi, l'autorisation d'interjeter appel auprès de cette Cour est nécessaire, et je l'ai accordée le 15 septembre 1989.

Les requérants n'ont pas insisté sur l'ordonnance provisoire interdisant la poursuite de l'enquête devant l'arbitre car, si je me souviens bien, les avocats m'ont avisé que l'arbitre avait décidé de remettre à plus tard la poursuite de l'audience en attendant la décision de cette Cour. Il semble qu'aucune ordonnance n'ait été rendue en réponse à cette partie de la demande.

Il ne semble pas que l'avocat des requérants ait plaidé la demande visant une ordonnance qui permettrait l'audition de la demande à bref délai. Les avocats des autres parties ne s'y étant pas opposés et la demande ayant été entendue de toute façon, on peut supposer qu'il y a eu autorisation de procéder à bref délai.

La Société Radio-Canada a fait d'autres requêtes dans des procédures semblables portant les numéros de greffe T-1783-89 et T-1799-89, en conséquence desquelles le désistement des parties a été autorisé, ainsi que l'adjonction de la Société Radio-Canada en qualité d'intervenante dans cette demande et dans l'action devant la Cour fédérale portant le numéro de greffe T-1798-89.

Pour finir, dans le cadre de l'action des requérants devant la Cour fédérale, numéro de greffe T-1798-89, les avocats des requérants ont déposé une requête à l'ouverture des procédures le 15 septembre 1989 visant la délivrance d'une ordonnance conformément à la Règle 474 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] afin que la Cour statue sur la question de savoir si l'article 29 de la Loi, en tout ou en partie, est incompatible avec l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] et, par conséquent, est inopérant. Les avocats m'ont

and was not filed there until the opening of the proceedings.

This motion in action number T-1798-89 also asked for orders pursuant to Rule 474(2) directing:

- a) that the case upon which the question shall be determined shall consist of the agreed statement of facts, filed, and
- b) that the question be argued at the same time and place as Federal Court proceeding T-1769-89.

A second motion in this action was inadvertently filed in proceeding number T-1769-89 which error was corrected at the opening of the proceedings on September 15, 1989. As the only relief in that second motion to which counsel directed my attention duplicated the last named relief referred to in the Rule 474 motion, i.e. that the question to be determined be argued at the same time as the proceedings in T-1769-89, I can ignore that second motion. The transcript of the hearing indicates (at pages 10 to 13) that the Rule 474 motion was granted. I have since reviewed the motion and the applicable Rule and have concluded that I did not have the authority to accede to that motion.

Rule 474 provides for applications for the determination of points of law of which the late filed application by counsel for the applicants was one. Rule 474(2) [as am. by SOR/79-57, s. 14] provides, in a mandatory way, what shall be done if the Court orders that the question be so determined. No consideration was given to the matter set out in Rule 474(2). Although the transcript indicates that I granted the motion to have the Rule 474 application and the section 18 application heard at the same time, I was not authorized to make such an order. Accordingly, if the parties wish to proceed under Rule 474, the motion by the plaintiffs in T-1798-89 will have to be renewed.

informé que la requête a été déposée au greffe de Toronto le 12 septembre 1989 mais, pour une raison quelconque, elle est parvenue à Ottawa et y a été déposée seulement à l'ouverture des a procédures.

Cette requête faite dans le cadre de l'action portant le numéro de greffe T-1798-89 demandait aussi des ordonnances conformément à la Règle b 474(2) portant que:

- a) la question à déterminer le sera à partir d'un exposé conjoint des faits, déposé;
- b) la question sera débattue aux mêmes moment et endroit que l'action devant la Cour fédérale portant le numéro de greffe T-1769-89.

Une seconde requête dans la présente action a été déposée par mégarde dans le cadre de la d procédure ayant le numéro de greffe T-1769-89; cette erreur a été rectifiée au début des procédures le 15 septembre 1989. Comme la seule réparation e recherchée dans cette seconde requête que l'avocat a portée à mon attention correspondait à la dernière réparation recherchée dans la requête fondée sur la Règle 474, à savoir que la question à f trancher soit débattue en même temps que la procédure numéro de greffe T-1769-89, je n'ai pas à faire de cas de la seconde requête. La transcription de l'audition montre (aux pages 10 à 13) que la requête fondée sur la Règle 474 a été accueillie. J'ai depuis étudié la requête et la Règle applicable, et j'ai conclu que je n'avais pas l'autorité nécessaire pour accéder à cette requête. g

Le Règle 474 prévoit les demandes visant le règlement de points de droit, ce que se trouve être la dernière demande déposée par l'avocat des h requérants. La Règle 474(2) [mod. par DORS/79-57, art. 14] prévoit, en des termes impératifs, ce qu'il faut faire si la Cour accorde l'ordonnance. Aucune considération n'a été accordée à ce qui est i exposé à la Règle 474(2). Bien que la transcription porte que j'ai accueilli la requête sollicitant l'audition conjointe des deux demandes fondées respectivement sur la Règle 474 et sur l'article 18, je n'étais pas autorisé à rendre une telle ordonnance. Conséquemment, si les parties souhaitent procéder j selon la Règle 474, la requête des demandeurs dans le cadre de l'action numéro de greffe T-1798-89 devra être renouvelée.

The parties to the action in T-1798-89 put forward an agreed statement of facts which would apply to the Rule 474 motion in the following terms:

The parties by their counsel agree that the facts upon which the question of law to be determined under R. 474 should be decided are the facts before this court in the application bearing Court File No. T-1769-89,

to which counsel for the applicants, the Attorney General for Canada and Mahmoud Mohammad Issa Mohammad ("Mohammad") agreed. Counsel for the intervener Canadian Broadcasting Corporation indicated that it wished to accept and adopt the facts set out in the factum of the plaintiffs in Court action T-1798-89 to which it unilaterally added further facts set out in paragraphs (2) and (3) of its factum filed on September 15, 1989. Similarly counsel for Mohammad, while accepting the facts set out in paragraphs (1) to (12) of the applicants' memorandum of fact and law, unilaterally added an additional three pages of facts in her memorandum of fact and law filed in the Toronto Registry on September 12, 1989. Finally, while agreeing that the facts upon which the Rule 474 determination should be made in the T-1798-89 action were to be the facts before the Court in the T-1769-89 proceedings, counsel for the Attorney General of Canada stated its own facts in her memorandum of fact and law filed in both the T-1798-89 and T-1769-89 proceedings at the opening of the hearing on September 15, 1989.

After examining the various statements of facts it became apparent to me that the facts upon which the determination of law was to be made had not been crystallized to the extent generally required under a Rule 474 determination. In fact, in my view, there was no agreed statement of facts to which the parties and the intervener had subscribed.

Counsel for Mohammad advised that her understanding of the agreement was:

... at the time of signing of that agreement that it was the intentions of the parties that the facts in question were not simply the facts as stated by the applicant, but would be all the

Les parties à l'action numéro de greffe T-1798-89 ont présenté un exposé conjoint des faits qui s'appliquerait à la requête fondée sur la Règle 474 dans les termes suivants:

*a* [TRADUCTION] Les parties conviennent par l'intermédiaire de leurs avocats que les faits en fonction desquels il devrait être statué sur la question de droit à décider conformément à la Règle 474 sont les faits soumis à l'appréciation de cette Cour dans le cadre de la demande portant le numéro de greffe T-1769-89,

*b* termes dont ont convenu les avocats des requérants, du procureur général du Canada et de Mahmoud Mohammad Issa Mohammad («Mohammad»). L'avocat de l'intervenante Société Radio-Canada a laissé entendre que celle-ci voulait accepter et adopter les faits exposés dans le mémoire des demandeurs dans l'action numéro de greffe T-1798-89 dans le cadre de laquelle elle a unilatéralement ajouté les autres faits figurant aux paragraphes (2) et (3) de son mémoire déposé le 15 septembre 1989. De la même façon, l'avocate de Mohammad, tout en acceptant les faits énoncés aux paragraphes (1) à (12) de l'exposé des faits et du droit des requérants, a ajouté unilatéralement *c* trois pages additionnelles de faits dans son exposé des faits et du droit déposé au greffe de Toronto le 12 septembre 1989. Finalement, tout en convenant que les faits devant servir de fondement à la décision prévue à la Règle 474 dans l'action numéro de greffe T-1798-89 devaient être les faits soumis à la Cour dans l'action numéro de greffe T-1769-89, l'avocate du procureur général du Canada a exposé ses propres faits dans son exposé des faits et du droit déposé à la fois dans l'action *d* numéro de greffe T-1798-89 et dans l'action numéro de greffe T-1769-89 à l'ouverture de l'audience le 15 septembre 1989.

*e* Après avoir examiné les diverses déclarations, il m'est apparu que les faits devant servir de fondement à la décision sur un point de droit n'avaient pas été cristallisés dans la mesure généralement exigée pour une décision fondée sur la Règle 474. De fait, à mon sens, il n'y avait pas d'exposé conjoint des faits dont les parties et l'intervenante avaient convenu.

L'avocate de Mohammad nous a informés qu'elle comprenait l'entente comme suit:

*f* [TRADUCTION] ... au moment de la signature de cette entente, les parties entendaient que les faits en question ne soient pas simplement les faits exposés par le requérant, mais plutôt tous



facts put forward as facts that might be found by Your Lordship on the application. So they are the facts as set out by the applicant, and also the facts relied upon by the respondents.

Because there was no reasonably concise statement of facts to which the parties and the intervener have agreed, the Rule 474 motion for the determination of a point of law in action number T-1798-89 and the motion to have that determination made at the same time as the determination in the T-1769-89 proceedings were both premature and, as already indicated, if the parties wish to proceed in action T-1798-89, they will have to renew their Rule 474 application.

The error on my part in granting the applicants' motions in action T-1798-89 should not cause any inconvenience to the parties because I propose, in any event, to deal with the constitutional question which in my view is raised in the applicants' section 18 application in T-1769-89.

As already indicated, it was the decision of the Adjudicator immediately preceding the credible basis hearing of Mohammad to exclude the applicants and the intervener from the hearing that provoked this application. Mohammad had been the subject of an inquiry held pursuant to a report made under section 27 of the Act. He had consented to media representatives being present at that inquiry subject to his claimed right to withdraw that consent should unforeseeable matters arise which, in his view, might jeopardize his safety or that of his family. On December 15, 1988 the inquiry adjourned since the Adjudicator had determined that, but for Mohammad's claim to be a Convention refugee, a removal or deportation notice would be issued.

On August 21, 1989 the credible basis hearing pursuant to section 29 of the Act was convened before the Adjudicator and the respondent Robert Reford, a member of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board, to determine whether Mohammad had a credible basis for his claim to be a Convention refugee. When this hear-

les faits soumis comme tels sur lesquels votre Seigneurie pourrait se prononcer dans le cadre de la demande. Il s'agit donc des faits exposés par le requérant, et aussi des faits sur lesquels s'appuient les intimés.

*a* En raison de l'absence d'une déclaration raisonnablement concise à laquelle auraient souscrit les parties et l'intervenante, la requête fondée sur la Règle 474 sollicitant qu'il soit statué sur un point de droit dans le cadre de l'action numéro de greffe T-1798-89 et la requête sollicitant que cette décision soit rendue en même temps que celle dans l'action numéro de greffe T-1769-89 étaient toutes deux prématurées et, comme on l'a dit, si les parties tiennent à ce que l'action numéro de greffe T-1798-89 suive son cours, elles devront renouveler leur demande sur la Règle 474.

L'erreur que j'ai commise en accueillant les requêtes des requérants dans le cadre de l'action numéro de greffe T-1798-89 ne devrait pas gêner les parties car je me propose, en tout état de cause, de traiter de la question de la constitutionnalité que soulève, à mon avis, la demande fondée sur l'article 18 soumise par les requérants dans l'action numéro de greffe T-1769-89.

Comme je l'ai déjà indiqué, la présente demande procède de la décision par laquelle l'arbitre a résolu d'exclure les requérants et l'intervenante de l'audition de Mohammad sur le minimum de fondement, immédiatement avant que celle-ci n'ait lieu. Mohammad avait fait l'objet d'une enquête donnant suite au rapport visé à l'article 27 de la Loi. Il avait consenti à la présence des médias à cette enquête, sous réserve du droit qu'il revendiquait de retirer son consentement dans l'éventualité où il surviendrait des événements imprévus qui, à son avis, seraient susceptibles de compromettre sa sécurité ou celle de sa famille. L'enquête a été ajournée le 15 décembre 1988, l'arbitre ayant décidé que, n'était-ce de la revendication par Mohammad du statut de réfugié au sens de la Convention, une mesure de renvoi ou une mesure d'expulsion serait prise.

*i* Le 21 août 1989, l'audience prévue à l'article 29 de la Loi a été tenue en présence de l'arbitre et de l'intimé Robert Reford, membre de la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, pour déterminer si la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention faite par Mohammad reposait sur un

ing began Mohammad consented to the presence of certain members of the public but not to the presence of media representatives. At this turn of events applications to have the hearing conducted in public were made by the applicants and the intervener pursuant to subsection 29(3) of the Act. Upon the applications being made the Adjudicator informed the applicants the procedure in order to determine whether the hearing would be held in public would be by submission only and that no evidence need be called. The relevant portions of section 29 of the Act provide as follows:

29. (1) An inquiry by an adjudicator shall be held in the presence of the person with respect to whom the inquiry is to be held wherever practicable.

(2) At the request or with the permission of the person with respect to whom an inquiry is to be held, an adjudicator shall allow any person to attend an inquiry if such attendance is not likely to impede the inquiry.

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

Counsel for Mohammad submitted that the applicants bore the burden of satisfying the Adjudicator on both the requirements of subsection 29(3) i.e. of proving affirmatively to the satisfaction of the Adjudicator that the conduct of the inquiry in public would not impede it and that neither Mohammad nor any member of his family would be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

She made the following submission to the Adjudicator:

The next branch of Section 29(3) of obvious importance is the question of adverse impact on Mr. Mohammad and his family. I do not know of any authority which would confine the notion of adverse simply to physical harm or physical safety and I think you are entitled to look at adverse in the broadest sense, from psychological harm to children, as well as physical harm to individuals who may be connected to Mr. Mohammad who are abroad. Approaching it from that point of view, there are a number of facts which I wish to draw to your attention and give you specific information which I would have to ask that you proceed to hear me *in camera* so you can fully assess. These facts have not been disclosed before and I do not—I think it would be helpful for you to be aware of them.

minimum de fondement. Lorsque cette audience a débuté, Mohammad a consenti à la présence de certains membres du public, mais non pas à celle des représentants des médias. Voyant cela, les requérants et l'intervenante ont demandé que l'audience soit tenue en public, conformément au paragraphe 29(3) de la Loi. Sur présentation des demandes, l'arbitre a informé les requérants que la procédure visant à déterminer si l'audience se tiendrait en public se ferait par voie d'observations seulement, et qu'il n'y avait pas lieu de produire des preuves. Les parties pertinentes de l'article 29 de la Loi sont libellées comme suit:

29. (1) L'arbitre mène l'enquête, dans la mesure du possible, en présence de l'intéressé.

(2) À la demande ou avec l'autorisation de l'intéressé, l'arbitre permet la présence d'observateurs, dans la mesure où elle ne risque pas d'entraver le déroulement de l'enquête.

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

L'avocate de Mohammad a soutenu qu'il appartenait aux requérants de convaincre l'arbitre du respect des deux exigences du paragraphe 29(3), c'est-à-dire de démontrer à l'arbitre que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas cette dernière, et que ni Mohammad ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés.

Elle a fait à l'arbitre les observations suivantes:

[TRADUCTION] La partie suivante du paragraphe 29(3) qui a une importance évidente est la question du préjudice que pourraient subir M. Mohammad et sa famille. Je ne connais aucune source doctrinale ou jurisprudentielle qui limiterait la notion de préjudice aux simples lésions corporelles ou à la sécurité de la personne, et je crois qu'il vous est permis de considérer le préjudice dans son sens le plus large, le tort psychologique infligé aux enfants, aussi bien que les lésions corporelles causées aux personnes pouvant être liées à M. Mohammad et qui sont à l'étranger. Les choses vues sous cet angle, il existe certains faits sur lesquels je tiens à attirer votre attention et vous donner des renseignements précis, et j'aimerais que vous m'entendiez à huis clos afin d'apprécier pleinement ce que j'ai à dire. Ces faits n'ont pas été révélés avant et je n'ai pas—je crois qu'il vous serait utile de les connaître.

### The Adjudicator replied that:

We will take your request for *in camera* divulging of certain facts under advisement.

Counsel for the applicants in his submission said, among other things,

... we don't submit that there is any constitutional defect in the legislation as it is drafted. However, the legislation must be administered in conformity with the guarantees of the Charter. It cannot be administered so as to infringe my client's right of freedom of the press.

Before me counsel for the applicants restated that argument in the following terms:

To argue that the adjudicator should have construed the statute in a way not to infringe our rights and given—and acted as if the language of the statute were different other than its clear terms really is to say that the statute is defective constitutionally. He should have recognized that and acted accordingly. So it doesn't become a different argument, it is a restatement of the same constitutional argument.

And we add to that submission the argument that quite apart from infringing the Charter right, simply at law he had a legal duty to exercise his discretion judicially. It is true that he had to be satisfied there would be no adverse effect, but at law there was a duty on him to act judicially and that required an evidentiary base.

Later, in the August 21, 1989 hearing, counsel for Mohammad indicated that she accepted it as her obligation to put the facts before the Adjudicator and added that, if there was any doubt as to whether this would be sufficient and the Adjudicator wanted her to call evidence, she was prepared to do so:

... but some of the evidence I will call, obviously it will be my request that I have to call it *in camera*, otherwise I can't really proceed to call it.

On the following day, August 22, 1989, the Adjudicator gave his decision. On the question of the necessity of having to receive evidence in order to form a basis for exercising his discretion, the Adjudicator had this to say:

Mr. Juriansz, speaking for The Toronto Star and I think it was The Hamilton Spectator, has suggested the procedural aspects of 29(3) be broadened to allow possible cross-examination of witnesses and thus far more intense scrutiny of the access issue. We doubt this is what the Committee or Parliament had in mind and we can find no support for such a microscopic approach in the legislation, regulations or jurisprudence. Such a procedure would have the effect of greatly prolonging any inquiry or hearing which generated public interest.

### L'arbitre a répondu:

[TRADUCTION] Nous allons étudier votre demande de divulgation à huis clos de certains faits.

L'avocat des requérants a dit notamment ce qui suit dans ses observations:

[TRADUCTION] ... nous ne prétendons pas que le libellé de la mesure législative soit entaché de quelque vice constitutionnel. Elle doit toutefois être appliquée en conformité avec les garanties de la Charte. Elle ne peut l'être de façon à violer le droit de mon client à la liberté de la presse.

En ma présence, l'avocat des requérants a repris cet argument dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Soutenir que l'arbitre aurait dû interpréter la Loi de façon à ne pas violer nos droits et donner—et agir comme si le libellé de la Loi différait de ses termes clairs, c'est dire de fait que la Loi est entachée d'un vice constitutionnel. Il aurait dû le reconnaître et agir en conséquence. Ainsi donc il ne s'agit pas d'un argument différent, mais de la reprise du même argument d'ordre constitutionnel.

Et nous ajoutons à cet argument qu'indépendamment de la violation du droit garanti par la Charte, il avait simplement en droit l'obligation d'exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire. Il est vrai qu'il devait être convaincu qu'il n'y aurait pas préjudice, mais en droit, il était tenu d'agir judiciairement, ce qui exige des preuves.

Plus tard, au cours de l'audience du 21 août 1989, l'avocate de Mohammad a laissé entendre qu'elle se considérait tenue de soumettre les faits à l'arbitre, et elle a ajouté que s'il y avait le moindre doute que cela suffise et que l'arbitre voulait qu'elle produise des preuves, elle était disposée à le faire:

[TRADUCTION] ... mais je demanderai évidemment à produire certaines preuves à huis clos, sans quoi je ne pourrai les produire.

Le jour suivant, soit le 22 août 1989, l'arbitre a rendu sa décision. Il s'est prononcé comme suit sur la nécessité de recevoir des preuves comme fondement à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire:

[TRADUCTION] M. Juriansz, qui s'exprimait pour le Toronto Star et je crois pour le Hamilton Spectator, a suggéré l'élargissement des aspects du paragraphe 29(3) ressortissant à la procédure de façon à permettre le contre-interrogatoire possible des témoins et partant, un examen beaucoup plus intense de la question de l'accès du public. Nous doutons que ce soit ce qu'envisageaient le Comité ou le Parlement, et nous ne trouvons aucune justification pour un tel examen au microscope dans la loi, les règlements ou la jurisprudence. Une telle façon de procéder aurait pour conséquence de prolonger considérablement l'enquête ou l'audience qui soulèverait l'intérêt du public.

Accordingly, in the absence of specific legislative or regulatory language, we are not prepared to adopt the approach suggested and will decide the matter on the strength of the submissions, arguments and case law only.

The Adjudicator accepted the position put forward by counsel for Mohammad, with respect to the concern over her client's safety if the hearing were held in public, in the following terms:

In this case, we have been presented with the novel argument that a public hearing might impede the conduct of the claimant's case because counsel would be reluctant to divulge certain facts. Such evidence, it is said, must be presented *in camera* because its disclosure could prejudice the safety of others.

If public access were to be granted over the objections of the claimant and harm resulted, there is nothing any Canadian court could do to repair the damage. This is the whole thrust of the issue. Subsection 29(3) is, in our opinion, a validly enacted provision, carefully considered at Committee and adopted by Parliament.

We accept the view that subsection 29(3) was expressly created for protection of refugee claimants. We believe we have a responsibility to give this consideration some priority. While we cannot and do not dismiss lightly the right of the public to know and the right of the media to ensure that this happens, we must balance this against other equally compelling concerns.

It is our considered opinion that the concerns expressed by Mr. Mohammad's counsel must prevail. We conclude Section 29(3) is a reasonable limit in these circumstances on the *Charter* rights of the media and would be viewed as such by a superior court.

Finally the Adjudicator cited with approval from *Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 12 (F.C.T.D.) in which the Court found that the Adjudicator in that case had properly decided the onus lay with members of the public to meet the burden of proof required under subsection 29(3) of the Act.

Before me counsel for the applicants submitted that the Adjudicator erred in exercising his discretion in the absence of evidence and solely upon the submissions of counsel. Furthermore he submitted that subsection 29(3) must be interpreted to place the onus on the refugee claimant to prove that a public hearing would impede it or adversely affect the immigrant or his family. To place the onus on the member of the public seeking to have the hearing conducted in public would be to place on him an impossible onus and thus, while subsection 29(3) was drafted in form to give a discretion to

Ainsi donc, en l'absence de termes précis dans la loi ou les règlements, nous ne sommes pas disposés à accepter l'approche proposée, et nous déciderons la question uniquement en fonction des observations, des arguments et de la jurisprudence.

<sup>a</sup> L'arbitre a accepté l'argument de l'avocate de Mohammad quant aux craintes relatives à la sécurité de son client si l'audience devait se tenir en public. Voici ce qu'il a dit à cet égard:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] En l'espèce, on a fait valoir l'argument nouveau qu'une audience publique pourrait entraver la conduite de l'affaire du demandeur parce que son avocate répugnerait à divulguer certains faits. Ces preuves, dit-on, doivent être produites à huis clos parce que leur divulgation pourrait compromettre la sécurité d'autres personnes.

<sup>c</sup> Si le public devait être admis malgré l'opposition du demandeur de statut et qu'il en résultait un préjudice, aucun tribunal canadien ne pourrait y remédier. Voilà l'essentiel de la question. Le paragraphe 29(3) est, à notre avis, une disposition valablement édictée, étudiée avec soin en comité et adoptée par le Parlement.

<sup>d</sup> Nous souscrivons à l'opinion que le paragraphe 29(3) vise expressément la protection des demandeurs de statut. Nous croyons être tenus d'accorder quelque priorité à cette considération. Certes, nous ne saurions nier et nous ne nions pas le droit du public de savoir et le droit des médias de le tenir au courant, mais nous devons les mettre dans la balance avec <sup>e</sup> d'autres considérations également importantes.

<sup>f</sup> Nous sommes d'avis, à la réflexion, que les inquiétudes dont nous a fait part M. Mohammad doivent l'emporter. Nous concluons que le paragraphe 29(3) constitue une limite raisonnable dans ces circonstances aux droits accordés aux médias par la *Charte*, et qu'il serait considéré tel par une cour supérieure.

Enfin, l'arbitre a cité en les approuvant des extraits de l'arrêt *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 12 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) dans lequel la Cour avait statué que l'arbitre dans cette affaire avait décidé à bon droit qu'il appartenait au public de s'acquitter du fardeau de la preuve imposé au paragraphe 29(3) de la Loi.

<sup>h</sup> En ma présence, l'avocat des requérants a fait valoir que l'arbitre avait commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire en l'absence de preuve et uniquement sur la foi des observations des avocats. Il a en outre soutenu que le paragraphe 29(3) doit être interprété comme imposant au demandeur de statut l'obligation de prouver que la tenue en public de l'audience entraverait cette dernière ou que l'intéressé ou les membres de sa famille s'en trouveraient lésés. Imposer la charge de la preuve au membre du public qui souhaite la tenue de l'audience en public, ce serait lui imposer

the Adjudicator to hold a public or *in camera* hearing, in fact and in substance it gave no discretion to the Adjudicator because of the impossible onus placed upon the person seeking a public hearing.

Accordingly, counsel for the applicants submitted that subsection 29(3) should be declared unconstitutional as infringing upon paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which guarantees freedom of the press and access to quasi-judicial proceedings which infringement could not be justified under the provisions of section 1 of the Charter.

Counsel for the Attorney General of Canada defended the constitutionality of subsection 29(3) of the Act on the basis of the need to create an environment in which refugee claimants would feel free to divulge all information relating to their claims and to escape possible retribution against themselves, should their claims be rejected, or against their families in their country of origin, should their claims be accepted. On these considerations counsel claimed that *in camera* hearings were warranted. In her view the section 7 Charter rights of her client were of a higher order than the paragraph 2(b) rights of the applicants and would have to give way to them.

Alternatively she submitted that subsection 29(3) represented reasonable limits imposed upon the applicants' paragraph 2(b) Charter rights because the concern for the safety of the refugee claimant and his family were sufficiently important to warrant overriding the applicants' constitutionally protected right of access to quasi-judicial proceedings and that the means chosen, an *in camera* hearing to be determined at the discretion of the Adjudicator, was proportional to the end sought to be achieved.

Counsel referred to the legislative history of the section in question. She noted that prior to 1985 the relevant portion of section 29 of the Act [*Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52*] provided as follows:

un fardeau impossible et ainsi donc, bien que le libellé du paragraphe 29(3) accorde à l'arbitre le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience publique ou à huis clos, en fait et fondamentalement, cette disposition ne lui laisserait aucune discrétion vu le fardeau impossible imposé à celui qui souhaite la tenue en public de l'audience.

C'est pourquoi l'avocat des requérants a affirmé que le paragraphe 29(3) devrait être déclaré inconstitutionnel parce qu'il violerait l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit la liberté de la presse et l'accès aux procédures quasi judiciaires, cette violation ne pouvant se justifier en vertu des dispositions de l'article 1 de la Charte.

L'avocate du procureur général du Canada a défendu le caractère constitutionnel du paragraphe 29(3) de la Loi en excipant du besoin de créer un climat dans lequel les demandeurs de statut se sentiraient libres de divulguer tous les renseignements relatifs à leur revendication et d'échapper aux vengeances qui pourraient être exercées contre eux si leur revendication était rejetée, ou contre leur famille dans leur pays d'origine, si leur revendication était accueillie. L'avocate du procureur général du Canada a affirmé qu'en raison de ces considérations, les audiences à huis clos étaient justifiées. Selon elle, les droits de son client garantis par l'article 7 de la Charte étaient supérieurs aux droits accordés aux requérants à l'alinéa 2b), et les premiers droits devraient l'emporter sur les seconds.

Subsidiairement, elle a affirmé que le paragraphe 29(3) constituait une limite raisonnable imposée aux droits que l'alinéa 2b) de la Charte accorde aux requérants parce que le souci pour la sécurité du demandeur de statut et de sa famille était suffisamment important pour l'emporter sur le droit constitutionnel des requérants à l'accès aux procédures quasi judiciaires, et elle a ajouté que le moyen choisi, une audience à huis clos décidée à la discrétion de l'arbitre, était proportionnel à la fin poursuivie.

L'avocate du procureur général du Canada s'est reportée aux antécédents législatifs de l'article en question. Elle a souligné que dans sa version antérieure à 1985, la partie pertinente de l'article 29 de la Loi [*Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52*] était libellée comme suit:

29. (1) An inquiry by an adjudicator shall be held in the presence of the person with respect to whom the inquiry is to be held wherever practicable.

(2) At the request or with the permission of the person with respect to whom an inquiry is to be held, an adjudicator shall allow any person to attend an inquiry if such attendance is not likely to impede the inquiry.

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera*.

Apparently it was determined that this virtual mandatory *in camera* provision would offend against the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guaranteeing freedom of the press pursuant to paragraph 2(b) which freedom included free access to judicial and quasi-judicial hearings as determined by the Ontario Court of Appeal in *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113. In order to avoid the possibility of a declaration of unconstitutionality on that account it was proposed that subsections (2) and (3) of section 29 be repealed and be replaced by the following subsection:

29. ...

(2) An inquiry by an adjudicator may, on application therefor, be held *in camera* if it is established to the satisfaction of the adjudicator that the person with respect to whom the inquiry is to be held, or any interest of Her Majesty, as the case may be, would be adversely affected if the inquiry were conducted in public.

As that provision came to be considered by Parliament and its committees it became apparent that the legislators were not satisfied that the proposed amendment would give adequate protection to the refugee claimant. The proposed amendment was withdrawn and the following amendment was made with respect to subsection 29(3) [as am. by S.C. 1985, c. 26, s. 112] only, leaving subsection 29(2) intact:

29. ...

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

The explanation given to the House of Commons Committee on Justice and Legal Affairs for the proposed change was given, at the request of the then Minister of Justice, by Mr. D. Martin Low, General Counsel, Human Rights Law Sec-

29. (1) Toute enquête par un arbitre a lieu, dans la mesure du possible, en présence de la personne qui en fait l'objet.

(2) À la demande ou avec l'autorisation de la personne faisant l'objet de l'enquête, l'arbitre doit permettre à des observateurs d'assister à l'enquête, dans la mesure où leur présence n'est pas susceptible d'en entraver le déroulement.

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre mène l'enquête à huis clos.

Apparemment, il a été décidé que cette disposition pratiquement obligatoire sur le huis clos irait à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit, dans son alinéa 2b), la liberté de la presse, laquelle liberté comprenait le libre accès aux audiences judiciaires et quasi judiciaires selon la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113. Pour éviter la possibilité d'une déclaration d'inconstitutionnalité à cet égard, on a proposé que les paragraphes (2) et (3) de l'article 29 soient abrogés et remplacés par le paragraphe suivant:

29. ...

(2) L'arbitre peut, sur demande, tenir son enquête à huis clos s'il estime que la personne qui en fait l'objet ou les intérêts de Sa Majesté seraient lésés par la tenue de l'enquête en public.

Il appert que, lors de l'examen de cette disposition par le Parlement et ses comités, les législateurs ont trouvé insuffisante la protection accordée au demandeur de statut de réfugié par la modification projetée. Celle-ci a été retirée et la modification suivante a été apportée au paragraphe 29(3) [mod. par S.C. 1985, chap. 26, art. 112] seulement, laissant intact le paragraphe 29(2):

29. ...

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, à la demande d'un membre du public, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas cette dernière et que la personne qui en fait l'objet ou les membres de sa famille ne s'en trouveraient pas lésés.

C'est à la demande du ministre de la Justice de l'époque que M. D. Martin Low, avocat général, Section des droits de la personne, ministère de la Justice, a, le 23 avril 1985, donné au Comité de la justice et des questions juridiques de la Chambre

tion, Department of Justice, on April 23, 1985, [Issue No. 25] in the following terms [at pages 25:17-25:18]:

Mr. Heap, the genesis of this change lies in a decision of the Ontario Court of Appeal, in a case called *Re Southam No. 1*. This case had to do with in camera hearings under the Juvenile Delinquents Act. There was an automatic exclusion of the public which the Southam newspaper chain successfully challenged on the basis that it infringed on their right of freedom of the press and, in a sense, access to the courts.

We took a message from the decision; there have been a number of other areas where automatic blanket exclusions of the media from judicial proceedings have been examined to see whether or not there was some clear justification for the automatic exclusion in all cases. We believe there is a very high onus to overcome if an automatic exclusion, which does not depend on individual factual circumstances, is to be maintained.

By May 9, 1985 it became apparent that the legislators were not satisfied with the proposed amendment because it appeared it would be too easy for a member of the public to compel a public hearing and thereby, in the minds of the legislators at least, to jeopardize the safety of the refugee claimant or his family. The following exchange between Mr. Robinson and Mr. Speyer at the House of Commons Committee on Justice and Legal Affairs [Issue No. 29], at which the amendment, which is the present law, was proposed, states quite clearly the intention behind the amendment [at pages 29:22-29:23]:

**Mr. Robinson:** Mr. Chairman, I move that clause 112 of Bill C-27 be amended by striking out lines 3 to 13 on page 77 and substituting the following:

112. Subsection 29(3) of the *Immigration Act, 1976* is repealed and the following substituted therefor:

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

**The Chairman:** Is there any debate?

**Mr. Robinson:** Mr. Chairman, the purpose of the amendment is to respond in particular to the concerns expressed by my colleague from Spadina, Mr. Heap, who is the official spokesperson on immigration for the New Democratic Party. He raised a concern that the amendment as originally proposed might, in fact, cause undue hardship to applicants for refugee status in that there may be information revealed publicly which could jeopardize either their own personal position or the position of their family in the country from which they were fleeing.

des communes [fascicule n° 25] l'explication suivante du changement projeté [aux pages 25:17 et 25:18]:

Monsieur Heap, l'origine de cette modification remonte à une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, dans la cause *Re Southam No. 1*. Elle portait sur la tenue d'audiences à huis clos intéressant la Loi sur les jeunes délinquants. Le public était alors automatiquement exclu de la procédure mais la chaîne de journaux Southam réussit à contester ce huis clos en alléguant qu'il contrevenait à la liberté de la presse et au droit d'avoir accès aux tribunaux.

Il y a eu bon nombre d'autres circonstances où l'exclusion automatique de la presse des audiences de la Cour a fait l'objet d'un réexamen afin de voir si cela était justifié. Nous croyons que s'il y a une exclusion automatique qui ne dépend pas des faits de la cause, il est très difficile de la justifier.

Vers le 9 mai 1985, les législateurs n'étaient pas, semble-t-il, satisfaits de la modification projetée en ce sens qu'il serait trop facile pour un membre du public de forcer la tenue en public d'une audience, ce qui, selon eux du moins, compromettrait la sécurité du demandeur de statut ou de sa famille. L'échange de vues suivant entre M. Robinson et M. Speyer à une séance du Comité de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes [fascicule n° 29], au cours de laquelle la modification, qui fait partie de la loi actuelle, a été proposée, exprime très clairement la fin visée par la modification [aux pages 29:22 et 29:23]:

**M. Robinson:** Monsieur le président, je propose que l'article 112 du projet de loi C-27 soit modifié par substitution, aux lignes 1 à 8, page 77, de ce qui suit:

112. Le paragraphe 29(3) de la Loi sur l'immigration de 1976 est abrogé et remplacé par ce qui suit:

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, à la demande d'un membre du public, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas cette dernière et que la personne qui en fait l'objet ou les membres de sa famille ne s'en trouveraient pas lésés.

**Le président:** Voulez-vous débattre cet amendement?

**M. Robinson:** Monsieur le président, cet amendement a pour but de répondre aux préoccupations de mon collègue de Spadina, M. Heap, qui est le critique officiel en matière d'immigration du Nouveau parti démocratique. En effet, il s'inquiète de ce que la modification initiale risque de faire du tort aux personnes qui demandent le statut de réfugiés en permettant la divulgation de renseignements susceptibles de les compromettre ou de compromettre les membres de leur famille restant dans le pays qu'elles ont quitté.

I have discussed this matter with the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice, and certainly this amendment is a significant improvement on the bill as originally worded. I just wanted to seek the clarification from the Parliamentary Secretary that, in fact, the intent of this wording is that an individual—presumably usually a member of the press, but it could be any member of the public—who does want to have an open hearing would have to show two things: first of all, that an open hearing would not impede the inquiry, and second, that there would be an affirmative obligation on the applicant to show there would be no adverse impact either on the applicant for refugee status or on that person's family. In other words, they could not just say, well, I want to be here, I am not going to impede this hearing, and then that is the end of the matter. They have to go beyond that. There are two onuses which they have to establish.

**Mr. Speyer:** Mr. Chairman, that is precisely what our intent is. There has been extensive discussion with respect to this section. I think it is important we come back to Mr. Robinson's point a few moments ago.

The purpose of this exercise today, and of this bill, is to seek to make sure existing sections of federal statutes conform to the Charter of Rights. It is the perception of this government that the sections we have here do not, and that is why we are improving them. Mr. Heap asked the Minister of Justice certain questions about legitimate concerns he has with respect to refugee hearings.

I must speak for myself, and having discussed it with members from our side, we want to do nothing to jeopardize a refugee at a hearing when he might be adversely affected by testimony that is given; and it is important to understand the nature of a refugee hearing and what the refugee has to demonstrate. We do not want relatives of the refugees, or the refugee himself, in any way to be put in peril as the result of a constitutional amendment, as opposed to a policy amendment. I give you that undertaking in terms of that is our intention; and that is why I think your amendment is an improvement over what was in the bill.

Counsel for Mohammad submits that the reverse onus of proof in subsection 29(3) is simply designed to recognize the important section 7 Charter rights of the refugee claimant and that liberty and fair hearing issues are superordinate values to the paragraph 2(b) Charter rights of the press.

If, counsel for Mohammad submitted, the onus is properly placed upon the applicants to discharge the burden of showing that the conduct of the inquiry in public will not impede it nor will it have adverse effects upon the refugee claimant or his family, then evidence is not essential in order to support the Adjudicator's decision to hold an *in camera* hearing. If the applicants call no evidence

J'ai discuté de cette question avec le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et il semble que cet amendement constitue une grande amélioration par rapport à la modification initiale. Je voulais simplement demander l'assurance du secrétaire parlementaire que ce libellé vise à prévoir que quiconque—il s'agit habituellement d'un journaliste, mais ce pourrait être n'importe qui—souhaite une enquête publique doit prouver deux choses: premièrement, que la tenue d'une enquête publique n'entravera pas le processus et deuxièmement, que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait la personne qui en fait l'objet ni les membres de sa famille. En d'autres termes, ils ne pourraient pas assister à l'enquête juste en affirmant qu'ils n'ont pas l'intention d'en entraver le déroulement. Il faut aller plus loin. Le fardeau de la preuve est double ici.

**M. Speyer:** Monsieur le président, c'est exactement notre intention. On a beaucoup discuté de la teneur de cet article. Je pense qu'il est important de revenir sur le sujet de préoccupation exprimé par M. Robinson il y a quelques instants.

Cette réunion et le projet de loi ont pour but de rendre divers articles de lois fédérales conformes à la Charte des droits. Les articles visés dans le projet de loi dont nous sommes saisis ne remplissent pas cette fonction, de l'avis du gouvernement, et c'est pourquoi nous les amendons. M. Heap a posé au ministre de la Justice certaines questions concernant ses préoccupations, bien légitimes, à propos des enquêtes en matière de statut de réfugié.

Je parle également en mon propre nom, et à la lumière des discussions que nous avons eues avec d'autres députés de ce côté, nous voulons éviter tout ce qui peut compromettre un réfugié au cours de l'audience où les témoignages pourraient lui faire du tort; il est également important de comprendre la nature de ce genre d'enquêtes et des preuves que doit fournir le réfugié. Nous ne voulons pas que le réfugié ou des membres de sa famille soient en danger par suite d'une modification constitutionnelle, qui n'est pas un changement de politique. Je vous assure que c'est là notre intention et c'est pourquoi je pense que votre amendement constitue une amélioration par rapport au libellé initial du projet de Loi.

L'avocate de Mohammad fait valoir que l'inversion du fardeau de la preuve prévue au paragraphe 29(3) vise simplement à reconnaître les droits importants du demandeur de statut garantis par l'article 7 de la Charte, et que les questions visant la liberté et l'équité des audiences constituent des valeurs d'ordre supérieur par rapport aux droits de la presse prévus à l'alinéa 2b) de la Charte.

Selon l'avocate de Mohammad, s'il convient que les requérants aient l'obligation de prouver que la tenue en public de l'enquête ne compromettra pas cette dernière et que le demandeur de statut ou sa famille ne s'en trouveront pas lésés, des preuves ne sont pas alors indispensables pour étayer la décision de l'arbitre de tenir une audience à huis clos. Si les requérants ne présentent aucune preuve pour



to discharge the burden upon them then the Adjudicator is entitled to rely upon that fact and, because the burden upon the applicants has not been discharged, to decide that the hearing will not be open to the public.

In this case the parties seeking to have the hearing conducted in public were given ample opportunity to call evidence in order to discharge the subsection 29(3) burdens but elected not to do so. Instead the thrust of the applicants' case before the Adjudicator was that the refugee claimant should have called evidence to show why the hearings should be held in camera and that the applicants should have been given the opportunity to test that evidence by cross-examination.

A fair summary of the position of counsel for Mohammad in this respect would be to say that evidence was not necessary for the Adjudicator to exercise his discretion under subsection 29(3). Submissions by her would be sufficient and in any event the burden was on the applicants to show positively why the hearing should be held in public and not upon the refugee to show why it should be held *in camera*. Finally, she submitted that there was no obligation upon the Adjudicator to hear any further details of Mohammad's reasons for wanting an *in camera* hearing as tendered by his counsel to be given in the absence of counsel for the other parties, because the applicants had failed to discharge the initial burden on them.

*Southam (No. 1)* stands for the propositions, among others, that public access to the courts must be considered implicit in the Charter guarantee of freedom of the press contained in paragraph 2(b), that a provision in the statute which calls for mandatory *in camera* hearings infringes upon that freedom and is unconstitutional unless the Crown can discharge the burden of establishing that the limitation imposed upon the freedom of the press would be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter.

In *Southam (No. 1)* the relevant statute provided that all trials involving juveniles were to be

s'acquitter du fardeau qui leur incombe, l'arbitre est alors en droit de s'appuyer sur ce fait et, puisque cette obligation n'a pas été exécutée, de décider que le public n'aura pas accès à l'audience.

a

En l'espèce, les parties qui cherchent à faire tenir en public l'audience ont eu amplement la possibilité de produire une preuve pour s'acquitter des obligations visées au paragraphe 29(3), mais elles ont choisi de ne pas le faire. Au lieu de cela, devant l'arbitre, les requérants ont insisté sur le fait que le demandeur de statut aurait dû produire une preuve qui justifierait la tenue des audiences à huis clos, et qu'on aurait dû leur donner la possibilité d'analyser cette preuve au moyen d'un contre-interrogatoire.

Pour résumer exactement la position de l'avocate de Mohammad à cet égard, il suffirait de dire qu'une preuve n'était pas nécessaire pour que l'arbitre exerce le pouvoir discrétionnaire qu'il tient du paragraphe 29(3). Ses arguments suffiraient et, en tout état de cause, il incombait aux requérants de prouver affirmativement pourquoi l'audience devrait être tenue en public, et non au réfugié de justifier sa tenue à huis clos. En dernier lieu, elle prétend que l'arbitre n'était nullement tenu d'entendre d'autres détails sur les raisons, telles qu'elles ont été données par son avocat, pour lesquelles Mohammad désirait une audience à huis clos, détails devant être donnés en l'absence des avocats des autres parties, parce que les requérants ne s'étaient pas acquittés du fardeau initial qui leur incombait.

L'arrêt *Southam (No. 1)* appuie notamment les propositions selon lesquelles l'accès du public aux tribunaux doit être considéré comme implicite dans la garantie de la liberté de la presse prévue à l'alinéa 2b) de la Charte, et une disposition de la loi qui impose obligatoirement des audiences à huis clos porte atteinte à cette liberté et est inconstitutionnelle, à moins que la Couronne ne s'acquitte du fardeau d'établir que la justification de la limite imposée à la liberté de la presse pourrait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte.

Dans l'arrêt *Southam (No. 1)*, la loi pertinente prévoyait que tout procès mettant en cause des

held *in camera*. The Court found that there could be occasions when society's interest in the protection and reformation of children who fell within the definition of juvenile delinquents as defined by the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-2, would supersede the right of public accessibility to judicial proceedings but found that the blanket prohibition against all accessibility cast too wide a net. In that case the Court found that in order to bring the two interests into constitutional balance the Court should be given the discretion to exclude the public from juvenile court proceedings when it concludes, under the circumstances of any particular case, that it was in the best interests of the child or others concerned or in the best interest of the administration of justice to do so.

I agree with Mr. Low, the representative of the Department of Justice, that the proposed amendment to the *Immigration Act, 1976* deleting subsections (2) and (3) of section 29 and substituting

29. ...

(2) An inquiry by an adjudicator may, on application therefor, be held *in camera* if it is established to the satisfaction of the adjudicator that the person with respect to whom the inquiry is to be held, or any interest of Her Majesty, as the case may be, would be adversely affected if the inquiry were conducted in public.

bring the matter within the *Southam (No. 1)* principles so as to avoid the possibility of being set aside as being unconstitutional on the grounds that it represents a mandatory requirement for *in camera* hearings.

I am not as confident that the literal reading or meaning of the existing subsection 29(3) comes within those principles. Counsel for the Attorney General of Canada submits that subsection 29(3) is constitutional because the *in camera* provisions do not amount to an absolute exclusion of the public but have a discretionary provision allowing the Adjudicator to exercise his discretion on a case by case basis to determine which of the credible basis hearings, depending on the circumstances in each case, should be conducted in public or should be held *in camera*.

jeunes devaient être tenus à huis clos. La Cour a constaté qu'il pourrait y avoir des cas où l'intérêt de la société dans la protection des enfants visés par la définition de délinquants juvéniles figurant dans la *Loi sur les délinquants juvéniles*, S.R.C. 1970, chap. J-2, et dans leur retour à la vie normale, aurait le pas sur le droit du public à l'accessibilité aux procédures judiciaires, mais elle a conclu que cette interdiction générale à l'encontre de toute accessibilité est d'une trop grande portée. Dans cette affaire, la Cour a statué que, pour concilier les deux intérêts sur le plan constitutionnel, la Cour devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'exclure le public des procédures du tribunal pour enfants lorsqu'elle constate que cette mesure, compte tenu des faits d'un cas particulier, est dans l'intérêt de l'enfant ou des autres personnes intéressées ou dans l'intérêt de l'administration de la justice.

Je conviens avec M. Low, le représentant du ministère de la Justice, que la modification projetée de la *Loi sur l'immigration de 1976*, qui supprime les paragraphes (2) et (3) de l'article 29 et qui les remplace par

29. ...

(2) L'arbitre peut, sur demande, tenir son enquête à huis clos s'il estime que la personne qui en fait l'objet ou les intérêts de Sa Majesté seraient lésés par la tenue de l'enquête en public.

respecte les principes dégagés dans l'arrêt *Southam (No. 1)*, évitant ainsi le risque d'être écartée pour inconstitutionnalité parce qu'elle impose des audiences à huis clos.

Je ne suis pas persuadé que l'interprétation littérale ou le sens littéral de l'actuel paragraphe 29(3) soit visé par ces principes. L'avocate du procureur général du Canada soutient que le paragraphe 29(3) est constitutionnel parce que les dispositions sur le huis clos n'équivalent pas à une exclusion absolue du public, mais elles contiennent une clause facultative permettant à l'arbitre d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans chaque cas pour déterminer laquelle des audiences sur le minimum de fondement, selon les circonstances de chaque affaire, devrait être tenue en public ou devrait être tenue à huis clos.

She acknowledges that the onus upon the applicants in this case and upon applicants generally to prove those negative principles to the Adjudicator, which would cause him to conduct the hearing in public, represent a difficult onus to discharge but points to the serious harm that might otherwise befall the refugee claimant or his family if the evidence given at the hearing was made public.

Counsel for Mohammad goes even further in her submission that the principle of an *in camera* hearing is the only appropriate one for, she says, it is only with that prescription would there be a proper encouragement to refugees to make their claims and that is only by *in camera* hearings that one can be assured that the fact of the application itself and the identity of the person making the application can be kept confidential.

I can appreciate the first part of Mohammad's submission but not the second. If, as in some other free and democratic societies, the refugee-claimant screening process is done on an administrative basis then it is true that the fact of the application and the identity of the person making the application can, and according to some letters from the representatives of those countries in the record of the Attorney General of Canada, be and is kept confidential. On the other hand when the screening process is in the nature of a judicial procedure it seems almost a contradiction in terms to suggest that both the fact of the application and the identity of the refugee claimant will, by reason of section 29, be kept confidential. Subsection 29(3) contemplates applications by the public to have credible basis hearings conducted in public. In order for a member of the public to be able to exercise the right to apply to have the hearing conducted in public both the fact of the application and the refugee claimant's identity would have to have been given some publicity.

Perhaps, if Parliament wants to achieve the goal of total confidentiality, it should remove the credible basis hearing from the judicial process and instead, as some other nations have done, relegate it to the administrative side. However so long as the hearings form a part of the judicial process they must be subject to constitutional scrutiny on that basis.

Elle reconnaît que le fardeau imposé aux requérants à l'instance et aux requérants en général, de faire la preuve de ces principes négatifs devant l'arbitre, qui l'amèneront à tenir l'audience en public, constitue une obligation difficile à exécuter, mais elle signale le grave préjudice qui pourrait par ailleurs être causé au demandeur de statut ou à sa famille si la preuve produite à l'audience était rendue publique.

L'avocate de Mohammad est allée jusqu'à prétendre que le principe d'une audience à huis clos est le seul qui soit approprié parce que, selon elle, seule cette prescription encouragerait suffisamment les réfugiés à faire leurs revendications, et que seules les audiences à huis clos pourraient garantir le caractère confidentiel de la demande elle-même et de l'identité de l'auteur de cette demande.

Je peux être sensible à la première partie de l'argument de Mohammad, mais non à la seconde. Si, comme dans certaines autres sociétés libres et démocratiques, le processus de sélection des réfugiés se fait sur une base administrative, il est alors vrai que la demande et l'identité de son auteur peuvent être, et, selon certaines lettres provenant des représentants de ces pays versées dans le dossier du procureur général du Canada, sont gardées secrètes. D'autre part, lorsque le processus de sélection participe d'une procédure judiciaire, c'est, semble-t-il, presque contradictoire que de laisser entendre que tant la demande que l'identité du demandeur de statut vont, en raison de l'article 29(3), être gardées confidentielles. Le paragraphe 29(3) prévoit des demandes présentées par le public pour obtenir la tenue en public des audiences sur le minimum de fondement. Pour qu'un membre du public puisse exercer le droit de demander la tenue en public de l'audience, tant la demande que l'identité du demandeur de statut devraient avoir reçu quelque publicité.

Si le législateur vise à atteindre une confidentialité totale, peut-être devrait-il retirer l'audience sur le minimum de fondement du processus judiciaire pour la reléguer au plan administratif, comme certaines autres nations l'ont fait. Toutefois, tant que ces audiences font partie du processus judiciaire, elles doivent être sujettes à un examen constitutionnel sur ce fondement.

Counsel for the applicants submits, as already indicated, that although subsection 29(3) is drafted in form to provide for the discretion principle contained in the *Southam (No. 1)* decision, in substance and in fact there is no discretion if the Court applies a literal interpretation to it. In order to save subsection 29(3) from constitutional death he submits it must be interpreted in such a way so as to have due regard for the freedom of the press in its right, along with the right of the general public, to have access to judicial proceedings.

His submission is, and I agree with him, that to apply the literal meaning of subsection 29(3) burden of proof upon the applicants in this case, and in general, is to apply a burden which is impossible to discharge. How can, for example, the applicants prove to the satisfaction of the Adjudicator that no member of Mohammad's family would be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public when the applicants may not, and in most cases will not, have any idea who or where are the members of the refugee claimant's family.

Likewise it is impossible for the applicants in this case or any other case to prove that the conduct of the inquiry in public would not impede it. To some extent the answer to that question will depend upon the evidence which the refugee claimant intends to lead. A refugee claimant from the United States or the United Kingdom might not have the same concerns about disclosing fully his reasons for claiming refugee status as would a refugee claimant from Northern Ireland, Iran or China, but the factual basis for those concerns, like the concerns for the safety of the refugee claimant's family left in his country of origin, are uniquely within the knowledge of the refugee claimant and not the applicant from the public. By that I mean to say it is not in all cases of refugee claimants that there will be automatically generated an environment in which the claimant cannot feel free to disclose the reasons for his claimed status and that the burden should be upon the refugee claimant to establish the existence of an environment which will diminish his ability to fully disclose the facts which support his claim. Further-

L'avocat des requérants soutient, ainsi qu'il a déjà été indiqué, que bien que le paragraphe 29(3) soit rédigé de manière à tenir compte du principe du pouvoir discrétionnaire dégagé dans la décision *Southam (No. 1)*, essentiellement et dans les faits il n'y a pas lieu à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire si la Cour interprète littéralement cette disposition. Pour préserver la constitutionnalité du paragraphe 29(3), il fait valoir qu'on doit l'interpréter de manière à tenir compte du droit qu'implique la liberté de la presse, ainsi que du droit du public en général, d'avoir accès aux procédures judiciaires.

L'avocat des requérants affirme, et je suis d'accord avec lui, qu'appliquer le sens littéral du fardeau de la preuve prévu au paragraphe 29(3) aux requérants, en l'espèce et en général, revient à imposer une obligation impossible à exécuter. À titre d'exemple, comment les requérants peuvent-ils prouver à la satisfaction de l'arbitre qu'aucun membre de la famille de Mohammad ne serait lésé si l'enquête devait être tenue en public alors qu'ils peuvent fort bien ignorer, et dans la plupart des cas ignorent totalement, qui sont les membres de la famille du demandeur de statut, et où ils se trouvent.

De même, il est impossible pour les requérants à l'instance ou dans tout autre cas de prouver que la tenue en public de l'enquête compromettrait cette dernière. Dans une certaine mesure, la réponse à cette question dépend des éléments de preuve que le demandeur de statut de réfugié entend produire. Un demandeur de statut provenant des États-Unis ou du Royaume-Uni pourrait ne pas avoir les mêmes préoccupations quant à la révélation complète de ses raisons de revendiquer le statut de réfugié qu'un demandeur de statut venant de l'Irlande du Nord, de l'Iran ou de la Chine, mais les faits à la source de ces préoccupations, ainsi que les inquiétudes quant à la sécurité de la famille que le demandeur de statut a laissée dans son pays d'origine, seul ce dernier les connaît, et non le requérant membre du public. Je veux dire par là que ce n'est pas dans tous les cas de revendication du statut de réfugié que se produira automatiquement un climat dans lequel le demandeur ne saurait se sentir libre de divulguer les raisons de sa revendication du statut, et qu'il devrait incomber au demandeur de statut d'établir l'existence d'un

more, as I understand the position of the Attorney General of Canada, it is admitted there can be some credible basis hearings which could be held in public without impeding the inquiry or having adverse effect upon the refugee claimant or his family.

In my view, if the burden of proof or onus of proof apparently placed upon the member of the public by subsection 29(3) is, as a practical matter, one which is impossible to discharge and, if the exercise of the Adjudicator's discretion in favour of conducting the hearing in public is dependent upon the member of the public meeting that burden or discharging that onus, then in fact and in substance there is no discretion and subsection 29(3) would have to be declared unconstitutional on the basis of *Southam (No. 1)*.

The arguments before me all proceeded on the basis that in the application of subsection 29(3) the burden would be upon the member of the public seeking to have the inquiry held in public to establish by evidence which would be lead by the applicant that its conduct in public would not impede it nor would the immigrant or any members of his family be adversely affected if it were conducted in public.

As I have indicated I would find subsection 29(3) to be unconstitutional if it were to be applied in that manner and, in the absence of the recent *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 419 (C.A.), I would have found that to be the manner in which the subsection should be applied. In that respect I would have been overruled by the Appeal Division which found [at page 6] that, with respect to the burden of proof,

... the assertion of a right to access to a judicial or quasi-judicial proceeding founded on paragraph 2(b) of the Charter must, of itself, inferentially satisfy that slight burden and shift the onus to the person seeking to exclude the press.

Given that interpretation of subsection 29(3) of the Act it is my view that the constitutional balance between the right of access to the hearing and the protection of the rights of the refugee claimant have been maintained by the restoration of a real discretion in the Adjudicator to determine on a

climat qui va réduire sa capacité de divulguer pleinement les faits qui étayent sa revendication. De plus, si je comprends bien la position du procureur général du Canada, il est reconnu qu'il peut y avoir des audiences sur le minimum de fondement qui pourraient être tenues en public sans pour autant compromettre l'enquête ou léser le demandeur de statut ou sa famille.

À mon avis, si le fardeau de la preuve que le paragraphe 29(3) impose apparemment au membre du public est une charge qu'il est impossible d'exécuter dans la pratique et si l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre en faveur de la tenue en public de l'audience dépend de l'exécution de cette charge, alors, dans les faits et essentiellement, il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire et le paragraphe 29(3) devrait être déclaré inconstitutionnel compte tenu de l'arrêt *Southam (No. 1)*.

Tous les arguments invoqués devant moi reposent sur l'idée que dans l'application du paragraphe 29(3), il incomberait au membre du public qui cherche à faire tenir l'enquête en public d'établir, au moyen d'éléments de preuve qui seraient produits par le requérant, que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas celle-ci ni ne léserait l'immigrant ou l'un quelconque des membres de sa famille.

Ainsi que je l'ai indiqué, je déclarerais le paragraphe 29(3) inconstitutionnel s'il devait s'appliquer de cette manière et, n'eût été l'arrêt récent *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 419 (C.A.), j'aurais conclu que telle devait être la manière dont ce paragraphe devrait s'appliquer. À cet égard, ma décision aurait été infirmée par la Section d'appel qui a conclu [à la page 6] que, pour ce qui est du fardeau de la preuve,

... l'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'alinéa 2b) de la Charte doit en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau et imposer celui-ci par inversion à la personne qui demande que la presse soit exclue.

Étant donné cette interprétation du paragraphe 29(3) de la Loi, j'estime que l'équilibre constitutionnel entre le droit d'accès à l'audience et la protection des droits du demandeur de statut a été préservé par la restitution à l'arbitre d'un véritable pouvoir discrétionnaire, celui de déterminer dans

case-by-case basis and on the particular circumstances of each case whether or not the credible basis hearing should be held *in camera* or conducted in public. So long as subsection 29(3) is applied in that manner I can see no reason for finding it to be unconstitutional.

There remains the question of whether there should have been an evidentiary basis for the exercise of the Adjudicator's decision. A considerable part of the argument before me was taken up with this aspect of the matter, particularly by counsel for Mohammad. It is common ground that no evidence was called and that the Adjudicator made his decision on the basis of submissions only. In this respect, in the almost identical circumstances which existed in the *Pacific Press Ltd.* case (*supra*), Mahoney J.A. observed [at pages 6-7]:

His reason for holding the inquiry *in camera* was based solely on undisputed submissions, not evidence, to the effect that McVey's wife, resident somewhere in the United States, "is suffering from terminal cancer and that the publicity issuing from an inquiry may have a severe adverse affect on her". Nothing was said of other measures that might reasonably be taken to deny her access to the publicity. In my opinion, that provided no proper basis for an exercise of discretion to close the inquiry. Whatever freedom of the press entails, there must surely be an evidentiary basis to support its lawful impairment in a judicial or quasi-judicial proceeding. The Adjudicator erred in law in making the order he did without evidence to support it.

The problem faced by the Adjudicator arose directly out of his refusal to conduct *in camera* the proceedings on the applicants' request that the inquiry be open. As a result of that, McVey refused to lead evidence. On the assumption that *in camera* proceedings in an inquiry under the *Immigration Act* may be justified notwithstanding paragraph 2(b) of the Charter, it seems obvious that the person seeking to exclude the press ought to be afforded the opportunity to present the necessary supporting evidence under conditions that will prevent its disclosure and publication. Experienced counsel will be able to suggest a variety of acceptable measures to maintain confidentiality while allowing the evidence to be tested by adverse interests.

So too in this case the Adjudicator did not seem to distinguish between the credible basis hearing which might or might not have to be held *in camera* and the hearing of the application to have the credible basis hearing conducted in public. His difficulty in this respect was, I suspect, compounded by the assertion of counsel for Mohammad that she was only prepared to lead evidence opposing

chaque cas d'espèce si l'audience sur le minimum de fondement devrait être tenue à huis clos ou en public. Tant que le paragraphe 29(3) s'applique de cette manière, je ne vois aucune raison de le déclarer inconstitutionnel.

Il reste à trancher la question de savoir si la décision de l'arbitre aurait dû reposer sur des éléments de preuve. Une grande partie de la plaidoirie portait sur cet aspect de l'affaire, particulièrement celle de l'avocate de Mohammad. Il est constant qu'aucune preuve n'a été produite et que l'arbitre a rendu sa décision en se fondant uniquement sur des arguments. À cet égard, dans les circonstances presque identiques de l'affaire *Pacific Press Ltd.* (précitée), le juge Mahoney, J.C.A., a fait cette remarque [aux pages 6 et 7]:

Sa raison de conclure à la tenue d'une enquête à huis clos était fondée uniquement sur des arguments non contestés, et non pas des éléments de preuve, selon lesquels l'épouse de M. McVey, résidant quelque part aux États-Unis, [TRADUCTION] «souffre d'un cancer en phase terminale et que la publicité découlant d'une enquête pourrait avoir un grave effet préjudiciable sur sa santé». Rien n'a été dit des autres mesures qui pourraient raisonnablement être prises pour l'empêcher de prendre connaissance de l'enquête. À mon avis, cela ne constituait pas un fondement approprié justifiant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur de la tenue d'une enquête à huis clos. Peu importe ce que comporte la liberté de la presse, il doit certainement y avoir des éléments de preuve pour justifier qu'on y porte atteinte dans une instance judiciaire ou quasi judiciaire. L'arbitre a commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance sans élément de preuve pour la justifier.

Le problème de l'arbitre découlait directement de son refus de tenir l'enquête à huis clos à la suite de la demande des requérants qu'elle soit tenue publiquement. Par conséquent, M. McVey a refusé de produire des éléments de preuve. Si l'on suppose que la tenue d'une enquête à huis clos en vertu de la *Loi sur l'immigration* peut être justifiée sans égard à l'alinéa 2b) de la Charte, il semble évident que la personne qui demande d'exclure la presse puisse avoir la possibilité de présenter les éléments de preuve nécessaires dans des conditions qui empêcheront leur divulgation et leur publication. Les avocats expérimentés vont pouvoir proposer diverses mesures acceptables pour conserver la confidentialité tout en permettant que les éléments de preuve soient évalués par les parties opposées.

En l'espèce aussi, l'arbitre n'a pas semblé faire la distinction entre l'audience sur le minimum de fondement dont on ne sait pas si elle devait avoir lieu à huis clos ou non et l'audition de la demande visant à faire tenir en public l'audience sur le minimum de fondement. Ses problèmes à cet égard, ont été, j'imagine, multipliés par l'affirmation de l'avocate de Mohammad selon laquelle elle

the application for a public hearing *in camera* and in the absence of counsel for the applicants. This latter condition sought to be imposed by counsel for Mohammad was on the mistaken belief, since acknowledged by counsel for Mohammad, that counsel for the applicants could not give an undertaking of confidentiality which would be binding as between themselves and their clients, the press.

In accordance with the foregoing reasons, an order will be issued

a) quashing the decision of the Adjudicator Joseph Kenney made on August 22, 1989, directing that the initial refugee hearing into the status of Mahmoud Mohammad Issa Mohammad be held in the absence of the applicants, and prohibiting the Adjudicator from continuing with the inquiry until he has heard the application on behalf of the applicants to have the inquiry conducted in public in accordance with the interpretation given to subsection 29(3) of the Act by Mahoney J.A. in *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.

b) refusing to declare that subsection 29(3) of the *Immigration Act* is void and of no effect or is unconstitutional.

Pursuant to paragraph 337(2)(b) of the *Federal Court Rules*, counsel for the applicants are requested to prepare a draft order and to submit it to counsel for the respondents and the intervener for approval as to its form and then to me for review and, if accepted, for entry.

There will be no order as to costs.

était disposée à produire seulement à huis clos et en l'absence des requérants des éléments de preuve pour contester la demande de tenue en public de l'audience. Cette dernière condition que l'avocate de Mohammad a cherché à faire imposer reposait sur l'impression erronée, comme elle l'a depuis reconnu, que les avocats des requérants ne pouvaient donner un engagement de confidentialité qui les lierait ainsi que leurs clients, c'est-à-dire la presse.

Par ces motifs, il sera rendu une ordonnance

a) annulant la décision par laquelle l'arbitre Joseph Kenney a, le 22 août 1989, ordonné que l'audience initiale sur le statut de Mahmoud Mohammad Issa Mohammad soit tenue en l'absence des requérants, et interdisant à l'arbitre de poursuivre l'enquête jusqu'à ce qu'il ait entendu la demande introduite par les avocats des requérants pour faire tenir l'enquête en public, conformément à l'interprétation que le juge Mahoney, J.C.A., a donnée au paragraphe 29(3) la Loi dans l'arrêt *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.

b) refusant de déclarer inopérant ou inconstitutionnel le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration*.

En vertu de l'alinéa 337(2)b) des *Règles de la Cour fédérale*, les avocats des requérants sont priés de rédiger un projet d'ordonnance et de le remettre aux avocats des intimés et de l'intervenante pour qu'ils l'approuvent quant à la forme, et de me le soumettre pour que je l'examine et, s'il est accepté, pour qu'il soit enregistré.

Il n'y aura pas lieu à adjudication des dépens.