

T-1916-89

T-1916-89

Minister of Employment and Immigration (Applicant)

v.

Lech Borowski (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. BOROWSKI (T.D.)

Trial Division, Joyal J.—Vancouver, October 5, 13 and December 7, 1989; Ottawa, February 16, 1990.

Immigration — Refugee status — Constitutional validity of s. 30(2) Immigration Act which provides paid legal counsel for "port of entry" claimants only — Tribunal ruling Charter s. 15 breached, appointing counsel for respondent — Whether tribunal having power to grant such relief — Jurisdiction of Refugee Division member as to issues other than eligibility and credibility.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Immigration inquiry — S. 30(2) Immigration Act (providing paid legal counsel for "port of entry" claimants only) reasonable and justifiable limit under s. 1 of Charter in light of legislative purpose to deal with overwhelming refugee backlog.

This was a section 18 application for an order quashing the decision of the adjudicator and Refugee Division member (the tribunal) at an inquiry under subsection 27(4) of the *Immigration Act* regarding the respondent's inland refugee claim. Counsel challenged the constitutionality of subsection 30(2) of the Act on the grounds it discriminated between inland and port of entry refugee claimants by providing only the latter with publicly-funded legal counsel. The adjudicator ruled subsection 30(2) discriminatory, of no force and effect and appointed paid counsel on behalf of the respondent. The Refugee Division member concurred in this decision.

Held, the application should be allowed.

Although the tribunal is competent to declare an enactment in breach of the Charter pursuant to its duty under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, to declare any law inconsistent with its provisions of no force and effect, the tribunal is not competent to fashion a remedy, such being left to a "court of competent jurisdiction" under section 24 of the Charter.

Even if the impugned legislation were in breach of section 15 of the Charter, it constitutes a reasonable and justifiable limit under section 1 of the Charter in light of Parliament's intention to accelerate the disposition of refugee claims when faced with

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (requérant)

a c.

Lech Borowski (intimé)RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) c. BOROWSKI (1^{re} INST.)

b

Section de première instance, juge Joyal—Vancouver, 5 et 13 octobre et 7 décembre 1989; Ottawa, 16 février 1990.

Immigration — Statut de réfugié — Constitutionnalité de l'art. 30(2) de la Loi sur l'immigration qui prévoit le paiement de services juridiques uniquement aux demandeurs à des «points d'entrée» — Le tribunal a conclu qu'il y avait violation de l'art. 15 de la Charte et a nommé un avocat pour représenter l'intimé — Le tribunal avait-il le pouvoir d'accorder cette réparation? — Compétence du membre de la section du statut lorsqu'il s'agit de questions autres que celles touchant la recevabilité et l'existence d'un minimum de fondement.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Enquête en matière d'immigration — L'art. 30(2) de la Loi sur l'immigration (prévoyant le paiement de services juridiques uniquement aux demandeurs à des «points d'entrée») constitue une limite raisonnable et justifiable au sens de l'art. premier de la Charte, compte tenu de l'objet de la Loi qui vise à éliminer l'immense arriéré des revendications du statut de réfugié.

Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 18 visant à obtenir une ordonnance annulant la décision rendue par l'arbitre et le membre de la section du statut (le tribunal) au cours d'une enquête tenue en vertu du paragraphe 27(4) de la *Loi sur l'immigration* au sujet de la revendication du statut de réfugié de l'intimé au Canada. L'avocat a contesté la constitutionnalité du paragraphe 30(2) de la Loi en faisant valoir que celle-ci établissait une discrimination entre les demandeurs du statut au Canada et les demandeurs du statut à des ports d'entrée puisqu'elle ne prévoyait le paiement de services juridiques qu'à ces derniers. L'arbitre a conclu que le paragraphe 30(2) était discriminatoire et inopérant, et a nommé un avocat aux frais du ministre pour représenter l'intimé. Le membre de la section du statut a souscrit à cette décision.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

Bien que, en raison de son obligation de respecter les dispositions du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* portant que la loi suprême du Canada rend inopérantes les dispositions de toute loi qui lui sont incompatibles, le tribunal ait compétence pour déclarer qu'une mesure législative viole la Charte, il n'a pas compétence pour ordonner quelque réparation, celle-ci devant émaner d'un «tribunal compétent» conformément à l'article 24 de la Charte.

Même si la mesure législative attaquée viole l'article 15 de la Charte, elle constitue une limite raisonnable et justifiable au sens de l'article premier de la Charte, compte tenu de l'intention du législateur d'accélérer le processus de reconnaissance du

an overwhelming refugee backlog and the ensuing administrative morass especially regarding the large influx of port of entry claimants.

While the Refugee Board member's decision-making power is limited to eligibility and credibility issues, Parliament intended the member's continuing presence throughout the inquiry. To insist, however, on a clear-cut separation of functions would defeat the purpose of the new procedure which requires a continuing collegial approach between the two tribunal members. The extent of the Refugee Division member's participation should depend on the nature of the case and the issues raised.

statut de réfugié pour faire face à un immense arriéré des revendications du statut de réfugié et aux problèmes administratifs qui en découlent, tout spécialement en raison du grand nombre de demandeurs aux points d'entrée.

^a Quoique le pouvoir décisionnel du membre de la section du statut se limite aux questions de recevabilité et d'existence d'un minimum de fondement, le législateur a voulu que ce membre soit continuellement présent au cours de l'enquête. Toutefois, insister sur une séparation nette des fonctions aurait pour effet de contrecarrer le but de la nouvelle procédure qui exige une approche collégiale suivie entre les deux membres du tribunal.

^b L'étendue de la participation du membre de la section du statut devrait dépendre de la nature de l'espèce et des diverses questions qui peuvent y être soulevées.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.
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, 15, 24(1),(2).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(4) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4), 30(2) (as am. *idem* (4th Supp.), c. 28, s. 9), 43(3) (as am. *idem* (4th Supp.), c. 28, s. 14), 45 (as am. *idem*), 46(1) (as am. *idem*).
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 39.3 (as am. by SOR/89-38, s. 18).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 31 C.R.R. 244; 87 C.L.L.C. 14,053; 82 N.R. 341 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 C.L.L.C. 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 C.L.L.C. 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1989), 70 O.R. (2d) 179; 35 O.A.C. 94 (C.A.).

CONSIDERED:

Singh et al. v. Minister of Employment and Immigra-

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III.
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, 15, 24(1),(2).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 27(4) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 30, art. 4), 30(2) (mod. *idem* (4^e suppl.), chap. 28, art. 9), 43(3) (mod. *idem* (4^e suppl.), chap. 28, art. 14), 45 (mod. *idem*), 46(1) (mod. *idem*).
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 39.3 (mod. par DORS/89-38, art. 18).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Zwarich c. Canada (procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 31 C.R.R. 244; 87 C.L.L.C. 14,053; 82 N.R. 341 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 C.L.L.C. 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 C.L.L.C. 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1989), 70 O.R. (2d) 179; 35 O.A.C. 94 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigra-

tion, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; (1980), 114 D.L.R. (3d) 393; [1980] 5 W.W.R. 385; 54 C.C.C. (2d) 129; 33 N.R. 1.

COUNSEL:

Paul F. Partridge for applicant.
Darryl W. Larson for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Legal Services Society of British Columbia, Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.: The Minister of Employment and Immigration (the Minister) applies for an order pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] to quash a decision made by an adjudicator and an Immigration and Refugee Board member (the tribunal) in the course of an immigration inquiry under subsection 27(4) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended [by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4].

The immigration inquiry was in respect of the respondent Lech Borowski, a Polish national who had jumped ship in Vancouver on March 8, 1989 and had subsequently claimed refugee status. The inquiry began on May 17, 1989 and when it resumed on June 13, 1989, counsel from the Legal Services Society of Vancouver appeared. Counsel's stated reason was to challenge the constitutionality of subsection 30(2) of the *Immigration Act* [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 9]. This is the section which, subject to regulations, provides paid legal counsel to any person appearing before an inquiry. In effect this provision applies, however, only to so-called "port of entry" cases and no parallel provision is found for what are called "inland" claims.

tion, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; (1980), 114 D.L.R. (3d) 393; [1980] 5 W.W.R. 385; 54 C.C.C. (2d) 129; 33 N.R. 1.

AVOCATS:

Paul F. Partridge pour le requérant.
Darryl W. Larson pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Legal Services Society of British Columbia, Vancouver, pour l'intimé.

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

LE JUGE JOYAL: Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (le ministre) demande une ordonnance fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] visant à annuler une décision rendue par un arbitre et un membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le tribunal) au cours d'une enquête en matière d'immigration tenue en vertu du paragraphe 27(4) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, modifiée [par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 30, art. 4].

L'enquête en matière d'immigration visait l'intimé Lech Borowski, de nationalité polonaise, qui a déserté son navire à Vancouver, le 8 mars 1989, et réclaté par la suite le statut de réfugié. L'enquête a commencé le 17 mai 1989 et, lorsqu'elle a repris le 13 juin 1989, un avocat de la Legal Services Society de Vancouver s'est présenté. Aux dires de ce dernier, il s'agissait de contester la constitutionnalité du paragraphe 30(2) de la *Loi sur l'immigration* [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 9]. Il s'agit là de la disposition qui, sous réserve des règlements, prévoit que toute personne devant se présenter à une enquête peut obtenir gratuitement les services d'un avocat. Dans les faits, cette disposition ne s'applique qu'à ce que l'on appelle les cas de «points d'entrée»; aucune disposition parallèle n'existe pour ce que l'on pourrait appeler les revendications de «l'intérieur».

In counsel's submission, the fact that the provision applied to one and not the other type of refugee claimant was discriminatory and in breach of subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] which guarantees to any individual equality before and under the law and the right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination. According to counsel, there is no justifiable reason why an inland applicant should not have the benefit of paid counsel when otherwise a port of entry applicant may have one provided for him.

At a later date, full argument was heard before the two-member tribunal and finally, on August 16, 1989, the adjudicator, in very considered reasons, agreed with counsel's submission. She ruled that the impugned legislation was of no force and effect, that its limitation to port of entry cases was discriminatory and, as a result, by deleting certain restrictive words in the legislation, she was in a position in the case before her to appoint paid counsel on behalf of the respondent.

Her colleague, the Immigration and Refugee Board member [hereinafter referred to as the "Refugee Division member"], concurred in this and, in turn, provided the inquiry with complementing reasons for his decision.

THE ISSUES:

These two concurrent decisions raise three main issues and two subsidiary ones. I should summarize them as follows:

1. Is the tribunal competent to declare a particular enactment as being in breach of the provisions of the Charter?
2. Is the tribunal correct in its interpretation of the impugned legislation and in declaring that it contravened section 15 of the Charter?
3. Is the impugned legislation otherwise protected by the limitation found in section 1 of the Charter?

Selon l'avocat, le fait que la disposition s'applique à l'égard d'un type de demandeur du statut et non d'un autre était discriminatoire et contrevenait au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] qui garantit à chacun le droit à l'égalité devant la loi et le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination. Selon l'avocat, rien ne peut raisonnablement justifier qu'un demandeur «de l'intérieur» n'ait pas droit à des services juridiques gratuits lorsque par ailleurs un demandeur à un point d'entrée y a droit.

Subséquentement, l'avocat a présenté une plaidoirie complète devant le tribunal de deux membres et, le 16 août 1989, l'arbitre a accueilli sa prétention dans des motifs mûrement réfléchis. Elle a conclu que la mesure législative attaquée était inopérante et que son application limitée aux cas de points d'entrée était discriminatoire; partant, en radiant certains mots restrictifs de la loi, elle pouvait, dans l'affaire dont elle était saisie, nommer un avocat aux frais du ministre pour représenter l'intimé.

Son collègue, le membre de la section du statut de réfugié, a souscrit à cette décision et a, à son tour, donné des motifs supplémentaires pour fonder sa décision dans le cadre de l'enquête.

LES POINTS EN LITIGE:

Ces deux décisions concourantes soulèvent trois questions principales et deux questions subsidiaires que je résumerai ainsi:

1. Le tribunal a-t-il compétence pour déclarer qu'un article de loi viole des dispositions de la Charte?
2. Le tribunal est-il fondé dans son interprétation de la mesure législative attaquée et dans sa déclaration portant qu'elle viole l'article 15 de la Charte?
3. La mesure législative attaquée est-elle protégée d'une autre façon par la limite prévue à l'article premier de la Charte?

4. As a subsidiary issue, was the specific relief provided by the tribunal to the respondent within the competence and jurisdiction of the tribunal?

5. As a further subsidiary issue, what are the limits, if any, to the jurisdiction of the Refugee Division member when dealing with her than eligibility and credibility in the course of an immigration inquiry.

Issue No. 1: The competence of the tribunal to deal with a Charter issue

I should deal with this very briefly. Any tribunal vested with statutory powers has a duty to uphold the law. Jurisprudence as in *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253 (C.A.); and in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245 (C.A.), has now established that although declarations as to the constitutional validity of any statute or regulation, as well as the granting of any remedy pursuant to section 24 of the Charter, are reserved to superior courts, any tribunal, in the application of any enactment within its jurisdictional competence, is duty bound to respect the provisions of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] which declares that any law inconsistent with the provisions of the Constitution is to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

An argument could be advanced that the decision of the tribunal in applying subsection 52(1) does not touch upon its statutory jurisdiction and that it was dealing with a collateral issue. In other words, the question as to whether or not an inland claimant is entitled to paid legal services is none of the tribunal's business.

On the other hand, section 45 of the statute [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] clothes the adjudicator with the authority to appoint counsel when dealing with port of entry cases. He or she could very well, in the circumstances, look into the constitutionality of the impugned legislation and in accordance with subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, find that it is of no force or effect. What remedy such

4. Subsidairement, la réparation précise accordée à l'intimé par le tribunal relevait-elle de la compétence du tribunal?

^a 5. Subsidairement, quelles sont les limites, s'il en est, de la compétence du membre de la section du statut lorsqu'il s'agit de questions autres que celles touchant la recevabilité et l'existence d'un minimum de fondement au cours d'une enquête en matière d'immigration?

Question n° 1: La compétence du tribunal à l'égard de questions visant la Charte

Je traiterai cette question très rapidement. Tout tribunal habilité à agir en vertu d'une loi a le devoir de faire respecter la loi. La jurisprudence, notamment les arrêts *Zwarich c. Canada (procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253 (C.A.); et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245 (C.A.), reconnaît maintenant que même si le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle de toute loi ou de tout règlement et d'accorder une réparation sous le régime de l'article 24 de la Charte appartient exclusivement aux cours supérieures, tout tribunal, dans l'application d'une loi qui se situe dans le cadre de sa compétence, a l'obligation de faire respecter les dispositions du paragraphe 52(1) 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]] portant que la loi suprême du Canada rend inopérantes les dispositions de toute loi qui lui sont incompatibles.

^b On pourrait prétendre que la décision du tribunal touchant le paragraphe 52(1) ne relevait pas de sa compétence et que partant, celui-ci statuait sur une question accessoire. En d'autres mots, la question de savoir si un demandeur de l'intérieur a le droit d'obtenir des services juridiques gratuits n'était pas du ressort du tribunal.

ⁱ Par ailleurs, l'article 45 de la Loi [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14] habilite l'arbitre à nommer un avocat lorsqu'il s'agit d'affaires de points d'entrée. En de telles circonstances, l'arbitre peut fort bien s'interroger sur la constitutionnalité de la mesure législative attaquée et, en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, conclure qu'elle est inopérante. C'est une toute autre question, cependant,

an authority can bring forward, however, is another matter altogether. One can imagine many situations when notwithstanding a tribunal's competency or duty to uphold the Constitution of Canada, or to declare that a particular statutory provision is of no force and effect, it cannot, by the very nature of its decision, provide remedial action. Such remedial action, as I read the jurisprudence, would be left to a "court of competent jurisdiction" under section 24 of the Charter.

For the moment, I should not deal with the remedy issue and leave it for consideration later on.

Issue No. 2: Is the impugned legislation in breach of section 15 of the Charter?

I have read very carefully the well-structured reasons for decision by the two members of the tribunal. Both concluded that the absence of any provisions for paid counsel at an inland inquiry was discriminatory and in breach of section 15 of the Charter. I note, however, in some passages of the adjudicator's decision, that the tribunal did not have before it any evidence as to the purpose of such differentiation. The adjudicator specifically stated at page 9 of her decision (page 59 of the applicant's record):

There was no evidence presented to us to indicate how the provision of designated counsel supports those purposes for the amendments and I don't feel that section 1 can therefore save the discriminatory provisions of the legislation.

Issue No. 3: Is the impugned legislation otherwise protected by the limitation found in section 1 of the Charter?

For reasons which will appear later, I should not be required to review in depth the conclusions reached by the tribunal that the impugned provision is in breach of section 15. Assuming, however, that it is, I should conclude on the basis of the evidence made available to me in the course of three days of hearing, that the statutory provision in question is protected by the limitation clause of section 1 of the Charter.

que de savoir quelle réparation le tribunal peut ordonner. On peut imaginer bon nombre de situations où, nonobstant le pouvoir ou le devoir du tribunal de faire appliquer la constitution du Canada, ou de déclarer qu'une disposition législative est inopérante, celui-ci ne peut, en raison de la nature même de sa décision, ordonner quelque réparation. Selon mon interprétation de la jurisprudence, il me semble que la réparation devrait émaner d'un «tribunal compétent» conformément à l'article 24 de la Charte.

Pour l'instant, je n'aborderai pas la question de la réparation, puisque j'y reviendrai plus loin.

Question n° 2: La mesure législative attaquée viole-t-elle l'article 15 de la Charte?

J'ai lu avec beaucoup d'attention les motifs bien structurés fondant la décision rendue par les deux membres du tribunal. Tous deux ont conclu que l'absence de toute disposition prévoyant le paiement des services juridiques au cours d'une enquête de l'intérieur était discriminatoire et violait l'article 15 de la Charte. Je note toutefois, dans certains passages de la décision de l'arbitre, que le tribunal ne disposait d'aucun élément de preuve portant sur le but de cette différence. À la page 9 de sa décision (page 59 du dossier du requérant), l'arbitre déclare expressément ce qui suit:

[TRADUCTION] On ne nous a présenté aucun élément de preuve établissant comment le fait de fournir un avocat désigné étaye les fins visées par les modifications; par conséquent, j'estime que l'article premier ne peut racheter les dispositions discriminatoires de la loi.

Question n° 3: La mesure législative attaquée est-elle protégée d'une autre façon par la limite prévue à l'article premier de la Charte?

Pour les motifs que je donnerai plus loin, il ne me semble pas nécessaire d'examiner en profondeur les conclusions du tribunal portant que la mesure législative attaquée viole l'article 15. En supposant toutefois qu'il en soit ainsi et compte tenu des éléments de preuve qui m'ont été présentés au cours des trois journées d'audience, je devrai conclure que la mesure législative en cause est protégée par la clause limitative de l'article premier de la Charte.

I should first of all observe that the Court is not dealing here with the principle of the right to counsel. Such a right is now recognized as sacred in dealing with immigration inquiries. Nor is the Court facing an issue of a right to paid counsel available to anyone who faces any kind of immigration inquiry. What is before me is a detailed provision, subject to regulation, under which in certain prescribed circumstances, an adjudicator is authorized to appoint counsel on behalf of a claimant and have such counsel paid out of public funds.

For what purpose was this provision made? What was the intent of Parliament? Why is it only applicable to port of entry claimants? What is the rationale behind all this?

To find some answers to these questions, the Court may refer to the lengthy affidavit of one John Butt sworn on September 26, 1989 and filed in the proceedings. What the affidavit tells us, with statistical tables in support, is that historically, Canada's refugee determination process has been in a gridlock situation. Thousands of refugee claimants have arrived in Canada over the past several years. In the decade between 1978 and 1988, immigration inquiries opened during a month increased from 706 to 2,146. When originally, only 12% of the inquiries had to be adjourned under the old system because of a refugee claim, that percentage had increased to 89% at the end of 1988. The refugee backlog during that decade had increased from 854 to over 50,000. If the feed of refugee claims were to continue, the processing of these claims, on the basis of statistical intrapolation, would involve delays running to some three years for those claiming in 1984-1985 and would require fourteen years for those in 1987-1988.

The scale of the problem reached such a magnitude that in 1986, special regulations were adopted to provide a quick fix for outstanding refugee claims. No longer were refugee claimants to be judged on the merits of their refugee status but on their actual or potential ability to become established in Canada. Thousands were cleared on those

Je préciserai d'abord que la Cour n'examine pas ici le principe du droit à l'avocat. Ce droit est maintenant reconnu comme sacré lorsqu'il s'agit d'enquêtes en matière d'immigration. Elle n'examine pas non plus la question du droit à des services juridiques gratuits offerts à quiconque fait l'objet de quelque enquête en matière d'immigration. Je suis saisi d'une question visant une disposition détaillée qui, sous réserve des règlements, prévoit qu'en certaines circonstances précises, l'arbitre est habilité à nommer un avocat pour représenter un demandeur, aux frais de l'État.

À quelle fin cette disposition a-t-elle été adoptée? Quelle était l'intention du législateur? Pourquoi ne s'applique-t-elle qu'aux demandeurs des points d'entrée? Quelle logique sous-tend cette disposition?

Pour obtenir réponse à ces questions, la Cour peut se référer au long affidavit de John Butt, assermenté le 26 septembre 1989, affidavit qui a été produit en preuve. Avec des tableaux statistiques à l'appui, cet affidavit nous révèle que le processus de reconnaissance du statut de réfugié au Canada s'est historiquement trouvé dans une impasse. Des milliers de demandeurs du statut de réfugié se sont présentés au Canada au cours des dernières années. Entre 1978 et 1988, le nombre d'enquêtes en matière d'immigration engagées chaque mois est passé de 706 à 2 146. À l'origine, seulement 12 % des enquêtes devaient être ajournées en raison des réclamations du statut de réfugié dans l'ancien système; à la fin de 1988, ce pourcentage avait grimpé à 89 %. Le retard accumulé dans les affaires de reconnaissance du statut de réfugié au cours de ces dix ans est passé de 854 à plus de 50 000. Si la poussée de revendications devait se poursuivre, on pourrait s'attendre, en extrapolant les données statistiques disponibles, que le traitement de ces revendications donne lieu à des retards pouvant aller jusqu'à trois ans pour les demandeurs de 1984-1985 et jusqu'à quatorze ans pour ceux de 1987-1988.

Le problème a pris une telle ampleur qu'en 1986, on a adopté des règlements spéciaux pour apporter une solution rapide aux revendications du statut de réfugié déjà en cours. Les demandeurs du statut ne devaient plus être jugés selon le mérite de leur statut de réfugié, mais plutôt selon leur capacité réelle ou potentielle de s'établir au

grounds, the delays in dealing with their claims having permitted many of them to integrate in the community and to become self-supporting and self-reliant.

A properly functioning system, however, could not afford to solve the administrative morass in that fashion on a continuing basis. It would have been incongruous to perpetuate a quick fix system to thousands of claimants when other applicants were often kept waiting for months and years for their permanent visas to be processed. To some observers, it was made to appear that Canada was becoming the international patsy for thousands of people who, wishing to escape the economic constraints of their country of origin, found that an airline or boat ticket to Canada was all that was required to provide them, effectively, with permanent residency in Canada.

I also take judicial notice that Canada's policies with respect to immigration generally and to refugee claims in particular has been among the most enlightened in the world. Very little scope was left to executive discretion, as is the situation in many countries who nevertheless subscribe to the United Nations Convention on Refugees. A systematic process of inquiry, with right to counsel, was instituted. A redetermination process was established through an Immigration Appeal Board and unsuccessful claimants could still avail themselves of review or appeal procedures. The whole philosophy, in my mind, was based on the basic values of humanity and on the need to ensure that the processes at all levels met the basic principles of fairness, natural justice and administrative propriety.

With respect to the protection afforded to all individuals coming into Canada, *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, put it beyond any further social or academic discussion that any person physically present in Canada was entitled to the whole panoply of rights and freedoms available under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Canada. Des milliers de personnes ont été acceptées pour ces motifs, les retards mis à traiter leur demande ayant permis à bon nombre d'entre elles de s'intégrer dans la collectivité et de devenir indépendantes.

Aucun système ne peut toutefois se permettre de résoudre ainsi des problèmes administratifs de façon permanente. Il aurait été absurde de maintenir un expédient favorisant des milliers de demandeurs lorsque d'autres demandeurs doivent souvent attendre des mois et des années avant d'obtenir leur visa permanent. Le Canada donnait à certains observateurs l'impression de devenir le souffredouleur international de milliers de personnes qui, désirent échapper aux contraintes économiques de leurs pays d'origine, se rendaient compte qu'il suffisait d'un billet d'avion ou de bateau à destination du Canada pour y obtenir effectivement une résidence permanente.

J'admets également d'office le fait que les politiques du Canada en matière d'immigration en général et de revendication du statut de réfugié en particulier sont parmi les plus judicieuses au monde. Elles laissent très peu de place au pouvoir discrétionnaire de l'administration comme c'est le cas dans bon nombre de pays qui souscrivent pourtant à la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. On a institué un processus systématique d'enquêtes, comportant le droit aux services d'un avocat. On a établi un processus de réexamen en créant la section d'appel de l'immigration, et les demandeurs qui n'obtiennent pas gain de cause peuvent encore se prévaloir de procédures de révision ou d'appel. Selon moi, toute cette philosophie était fondée sur les valeurs humanitaires fondamentales et sur la nécessité de s'assurer que les processus à tous les niveaux respectent les principes fondamentaux de l'équité, de la justice naturelle et de la rectitude administrative.

En ce qui a trait à la protection accordée à tous les arrivants au Canada, l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, a établi au-delà de toute discussion sociale ou théorique le principe selon lequel toute personne présente physiquement au Canada a droit à toute la gamme des droits et des libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

If it should have been the policy of Parliament and the doctrine of our courts to extend in this fashion Canadian Charter rights and freedoms, the sheer scale of refugee claims was bound to create the kind of administrative immobility which I have described.

Parliament was invited to find some statutory and regulatory solution to this situation. Parliament feared that its clear intent, as expressed in the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52], had become submerged or thwarted by the administrative morass which had been created. Parliament's available options in this respect were severely constrained. Parliament had to find a formula which would accelerate the disposition of refugee claims while at the same time safeguarding the rights, freedoms and privileges of claimants, which jurisprudence had bestowed on them and which, of course, guaranteed the right to counsel and a full hearing. To fail in this attempt would provoke an ever-increasing downward spiral in the proper functioning of immigration and refugee programs and bring the whole of Parliament's policies into universal disrespect.

I need not elaborate on the several measures which Parliament, in its wisdom, decided to adopt. I need only refer to the evidence before me that the integrated right to counsel, created not only unnecessary, but artificial delays in the expeditious disposition of cases. Furthermore, an analysis of the whole situation indicated to Parliament that by the sheer weight of numbers, the incidence of delays had far greater impact on port of entry claimants than on inland claimants.

The solution provided by Parliament was a pragmatic one. This solution might, in the eyes of some purists, fall short of the ideal, or, as is the case before me, create a semblance of discrimination or inequality. What Parliament decided was that as one of the many systematic changes in the process, those claimants at ports of entry who wished to retain counsel but whose chosen counsel were unavailable within a reasonable delay, would, at the discretion of the adjudicator, and in prescribed

Si la politique du législateur et la doctrine de nos tribunaux avaient été d'étendre de cette façon les droits et les libertés de la Charte canadienne, les revendications du statut de réfugié auraient, par leur nombre, menacé de créer le genre d'impasse administrative que je viens de décrire.

Le législateur était invité à trouver une solution législative et réglementaire à cette situation. Le législateur craignait que l'intention claire qu'il avait exprimée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52] ne soit devenue submergée ou freinée par les problèmes administratifs qui venaient de surgir. Les solutions dont il disposait à cet égard étaient très limitées. Il lui fallait trouver une formule pour accélérer le règlement des revendications du statut de réfugié tout en préservant les droits, libertés et privilèges des demandeurs, reconnus par la jurisprudence et qui, bien sûr, comprenaient le droit à l'assistance d'un avocat et à une audition complète. Tout échec de cette tentative risquait de miner, suivant une tendance toujours croissante, le fonctionnement adéquat des programmes de l'immigration et du statut de réfugié et de faire tomber en discrédit l'ensemble des politiques du législateur.

Je n'ai pas à m'étendre davantage sur les diverses mesures que, dans sa sagesse, le législateur a décidé d'adopter. Qu'il me suffise de mentionner les éléments de preuve qui ont été présentés devant moi portant que le droit intégré à l'assistance d'un avocat entraînait non seulement des délais inutiles, mais également des délais artificiels retardant le règlement rapide des affaires. De plus, une analyse de la situation globale montrait au législateur que, de par leur nombre, les délais avaient une incidence beaucoup plus grande sur les demandeurs des points d'entrée que sur les demandeurs de l'intérieur.

Le législateur a adopté une solution pragmatique. Aux yeux de certains puristes, cette solution peut sembler ne pas atteindre l'idéal ou, comme en l'espèce, créer une apparence de discrimination ou d'inégalité. Le législateur a décidé que parmi les nombreuses modifications systématiques apportées au processus, il y avait lieu de permettre à la discrétion de l'arbitre et selon les conditions prescrites, aux demandeurs des points d'entrée désireux de retenir les services d'un avocat mais dont

terms, have duty counsel available for them at public expense.

Parliament adopted this formula with the firm purpose and intention of accelerating the flow of refugee claims while, at the same time, respecting the inherent civil rights of the claimants. Parliament was of the opinion that this formula, although adding to its financial commitments, would not be prejudicial to other claimants subject to the inland procedure.

Is this formula the kind that enjoys the protection of section 1 of the Charter? Assuming, as I have already postulated, that there is apparent discrimination under section 15, I should conclude that it is, in all the circumstances which I have described, a reasonable and justifiable limit to rights and freedoms inscribed in the Charter.

There can be no doubt that the element of national interest must be preserved in the legislation adopted by Parliament. Parliament concluded that a claimant's right to counsel, which deserved continuing respect, nevertheless created undue or unconscionable delays in the refugee determination process. Even if one were to be purposefully indulgent of the case load which the immigration bar appeared to be carrying, the evidence was there. Accordingly, the legislative enactment adopted was premised on the following:

(1) Using the 1987-1988 experience as a base, 89% of immigration inquiries in 1987-1988 involve refugee claims.

(2) Most refugee claims are port of entry claims.

(3) If the legislation was to contemplate an accelerated inquiry process and at the same time respect the more fundamental right to counsel, delays as to counsel availability for the scheduling of hearings had to be faced head-on and some pragmatic formula adopted.

The scheme of the formula is quite circumscribed. There is no unqualified provision to provide port of entry claimants with paid counsel. It is

celui de leur choix n'était pas disponible dans un délai raisonnable, d'être représentés par un autre avocat, aux frais du ministre.

Le législateur a adopté cette formule dans l'intention et le but avoués d'accélérer le règlement des revendications du statut de réfugié tout en respectant les droits civils des demandeurs. Le législateur était d'avis que cette formule, même si elle ajoutait à ses engagements financiers, ne porterait pas préjudice aux autres demandeurs assujettis à la procédure applicable à l'intérieur.

Cette formule appartient-elle à la catégorie protégée par l'article premier de la Charte? En supposant, comme je l'ai déjà fait, qu'il y a discrimination apparente au sens de l'article 15, je conclurais qu'elle est, dans toutes les circonstances que j'ai décrites, une limite raisonnable aux droits et libertés garantis par la Charte dont la justification peut se démontrer.

Il ne fait aucun doute que l'élément d'intérêt national doit être préservé dans la loi adoptée par le législateur. Celui-ci a conclu que le droit du demandeur d'être représenté par un avocat, qui devait toujours être respecté, entraînait néanmoins des délais excessifs et déraisonnables dans le processus de détermination du statut de réfugié. Même en considérant avec indulgence la charge de travail que les avocats de l'immigration semblaient supporter, la preuve était là. La mesure législative adoptée était donc fondée sur les prémisses suivantes:

(1) En prenant comme base l'année 1987-1988; 89 % des enquêtes en matière d'immigration en 1987-1988 portaient sur des revendications du statut de réfugié.

(2) La plupart des revendications du statut de réfugié sont des revendications présentées aux points d'entrée.

(3) Si la loi était destinée à accélérer le processus d'enquête tout en respectant le droit plus fondamental d'être représenté par un avocat, il fallait affronter directement la question des délais liés à la disponibilité des avocats pour la convocation d'audiences, et adopter une formule pratique.

Le principe sous-jacent de la formule est très circonscrit. Il n'existe aucune disposition générale qui accorde le paiement des services d'un avocat

only when the claimant has not waived his right to counsel, has retained the services of counsel and the latter's case load is too heavy and, in the discretion of the adjudicator, it would cause undue delay in scheduling a hearing, then, and only then, does the legislation trigger off a system of publicly-assisted legal services.

Whether or not one agrees that, among all the procedures adopted in the new statute to create some order out of chaos, or to bring back some measure of public control over obvious deficiencies in the processing of claims, the impugned provision was Parliament's only solution, is not for me to decide. Second guessing will always be one of the attributes of a free and democratic society. Nevertheless, Parliament's general authority to legislate for the common good and to adopt some discrete measure or other to meet critical problems and restore the statute's credibility is, in my respectful view, deserving of presumptive respect.

Respondent's counsel provided the Court with rebuttal evidence contained in the affidavit of Mr. Philip Rankin, a well-known barrister and solicitor in Vancouver, who has practised as immigration counsel since 1979. The gist of Mr. Rankin's evidence was to raise doubts as to whether availability of counsel at inquiries was any real cause of delays and the resulting backlogs. It became clear on his cross-examination, however, that Mr. Rankin, for all of his experience and knowledge, could only testify as to his own perception of various immigration problems and repeat various opinions expressed by others. In his defence, I should of course mention that he did not have in support the mass of information and statistical analysis available to the Crown.

I should nevertheless conclude that Mr. Rankin's evidence was not sufficient to rebut the Crown's case or undermine its foundation.

I should also refer to another element in the case which was ably argued by counsel and which questions whether or not it can be said that a port of entry claimant is in the same position as an

aux demandeurs des points d'entrée. Ce n'est que lorsque le demandeur n'a pas renoncé à son droit d'être représenté par un avocat, qu'il a retenu les services d'un avocat, et que devant la charge trop lourde de travail de ce dernier de l'avis de l'arbitre, cela entraînerait un délai trop long pour fixer la date d'une audience, et à ce moment seulement, que la loi prévoit l'application d'un système de services juridiques aux frais de l'État.

Il ne m'appartient pas de décider si, parmi toutes les procédures adoptées dans la nouvelle loi pour mettre fin au chaos et apporter de l'ordre, ou pour ramener une certaine mesure de contrôle de l'État sur les défauts manifestes du processus de reconnaissance du statut de réfugié, la mesure législative attaquée était la seule solution qui se présentait au législateur. La possibilité de comprendre après coup sera toujours l'une des caractéristiques d'une société libre et démocratique. Toutefois, le pouvoir général du législateur de légiférer pour le bien commun et d'adopter une mesure pondérée ou autre pour résoudre des problèmes critiques et rétablir la crédibilité de la loi commande selon moi le respect.

L'avocat de l'intimé a produit en réplique devant la Cour les éléments de preuve figurant dans l'affidavit de Philip Rankin, avocat bien connu à Vancouver, qui pratique en droit de l'immigration depuis 1979. L'essentiel de la déclaration de M. Rankin consiste à mettre en doute la prétention selon laquelle la disponibilité des avocats aux enquêtes était la vraie cause des délais et de l'accumulation des retards. Il est toutefois apparu clairement au cours du contre-interrogatoire de M. Rankin, que celui-ci ne pouvait que témoigner à l'égard de sa propre perception des divers problèmes d'immigration et répéter diverses opinions exprimées par d'autres. Il me faut dire, à sa décharge, qu'il ne disposait pas de la masse de renseignements et d'analyses statistiques de la Couronne.

Je dois toutefois conclure que la déposition de M. Rankin ne suffit pas à réfuter les arguments de la Couronne ni à en miner les fondements.

Je mentionnerais également un autre élément de l'affaire qui a été débattu de façon très compétente par les avocats et qui pose la question de savoir si l'on peut dire qu'un demandeur à un point d'entrée

inland claimant. Admittedly, a debate on that issue raises again the question as to whether or not the impugned legislation is discriminatory under section 15 of the Charter, an issue which, for purposes of this case, I have already set aside. I should nevertheless set out my thinking on it as it does touch upon the element of "demonstrably justified" as found in section 1 of the Charter as well as on the proportionality doctrine as expressed by the courts.

It is true that both inland claimants and port of entry claimants would appear to be in the same position. They are both subject to the same statute and to identical processes. In most cases, however, the inland claimant has been residing in Canada for some time and has become acclimatized to the country's social, economic and political institutions. It can therefore be expected that by the time his inquiry takes place, he has become more knowledgeable in the requirements of the statute and in the availability of publicly-funded legal services.

Not so the port of entry claimant. One must presume that such a claimant, usually unfamiliar with the language and whose fear of public authority might be firmly grounded on his experience in his country of origin, might be said to be entitled to a greater degree of protection or assistance. In that sense, he is in greater jeopardy than an inland claimant. In that sense he might be said to be in greater need of counsel. If, on the other hand, the unavailability of counsel of one's choice and the resulting adjournments before an inquiry may be heard are of a nature to defeat Parliament's purpose and perpetuate the administrative clutter the legislation is meant to overcome, what were Parliament's options? Expressed in different terms, is the formula incorporated in the statute of a nature to enjoy the protection given under section 1 of the Charter?

In *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, when dealing with equality under the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III], the Supreme Court of Canada imposed a test to distinguish between justified and unjustified legislative distinctions within the concept of equality before

est dans la même position qu'un demandeur de l'intérieur. Manifestement, un débat sur cette question soulève encore une fois la question de savoir si la mesure législative attaquée est discriminatoire au sens de l'article 15 de la Charte, question que j'ai déjà rejetée pour les fins de l'espèce. Il me faut toutefois exprimer ma pensée sur ce sujet puisqu'il porte sur l'élément «justification qui puisse se démontrer» figurant à l'article premier de la Charte, de même que sur le principe de proportionnalité reconnu par les tribunaux.

Il est vrai que les demandeurs de l'intérieur et les demandeurs aux points d'entrée semblent être dans la même situation. Ils sont tous les deux assujettis à la même loi et à des processus identiques. Dans la plupart des cas toutefois, le demandeur de l'intérieur réside au Canada depuis quelque temps et il s'est familiarisé avec les institutions sociales, économiques et politiques du pays. On peut par conséquent s'attendre à ce que, au moment où son enquête a lieu, il connaisse déjà les exigences de la loi de même que la disponibilité de services juridiques financés par l'État.

Il en est tout autrement du demandeur à un point d'entrée. On peut présumer que ce demandeur, qui habituellement connaît mal les langues du pays, et dont la peur de l'autorité publique peut être fermement fondée sur l'expérience qu'il a eue dans son pays d'origine, nécessite un degré supérieur de protection ou d'assistance. En ce sens, il est dans une situation plus périlleuse que celle du demandeur de l'intérieur. De ce fait, on pourrait dire qu'il a un plus grand besoin d'aide juridique. Si, d'autre part, la non-disponibilité de l'avocat de son choix de même que les ajournements qui en résultent avant la tenue d'une enquête sont de nature à faire échouer le but visé par le législateur et à perpétuer l'encombrement administratif que la loi vise à surmonter, quelles étaient alors les options du législateur? En d'autres termes, la formule incorporée dans la loi est-elle susceptible de bénéficier de la protection accordée par l'article premier de la Charte?

Dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, la Cour suprême du Canada a établi un critère à employer, dans les affaires d'égalité en vertu de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III], pour établir une différence entre les distinctions législatives justi-

the law itself, absent any exemption under what is now section 1 of the Charter. The test, said the Court, is whether or not such a departure is for purposes of achieving some desirable or necessary social objective.

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. sets out, at page 184, the necessary investigative steps to be followed whenever a section 1 defence is set up. First, he says, the importance of the objective underlying the impugned law must be assessed, and he discounts in so doing the elements of "pressing and substantial" as necessary characteristics. Next, continues McIntyre J., there is involved the proportionality test whereby the Court must balance a number of factors. As he says, the Court must examine the nature of the right, the extent of its infringement and the degree to which the limitation furthers the attainment of the desirable goal embodied in the legislation. And McIntyre J. concludes at page 185:

There is no single test under section 1; rather, the Court must carefully engage in the balancing of many factors in determining whether an infringement is reasonable and demonstrably justified.

In the case before me, I have already outlined the administrative exigencies and strictures imposed on the Canadian refugee determination process by reason of both legislative and judicial respect for individual rights, for rights of judicial review, for administrative fairness and propriety and needless to say, for the right inherent in the whole process, namely, a claimant's right to counsel. Parliament found that one of the reasons the system was not working properly was the delays caused by the unavailability of counsel. It also found that these delays had more impact on port of entry claims through the simple fact that substantially more claims are processed at that level. Was it open to Parliament to deny the right to counsel in order to eliminate delays? Was it open to Parliament to pay for the services of counsel of one's choice, whether available or not? Was it open to Parliament to unilaterally impose on a claimant the services of counsel attached to the

fiées et non justifiées à l'intérieur de la notion d'égalité devant la loi, en l'absence de toute exception comme celle qui est maintenant prévue à l'article premier de la Charte. La Cour a déclaré que le critère consiste à déterminer s'il s'agit d'une dérogation ayant pour fin la recherche d'un objectif social souhaitable ou nécessaire.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre décrit, à la page 184, les étapes qu'il est nécessaires de suivre chaque fois que l'article premier est invoqué comme moyen de défense. Il faut premièrement, selon lui, évaluer l'importance de l'objectif qui sous-tend la mesure législative attaquée, sans traiter les éléments des considérations «urgentes et réelles» comme des caractéristiques nécessaires. Vient ensuite, selon le juge McIntyre, l'application d'un critère de proportionnalité en vertu duquel le tribunal doit tenter de soupeser un certain nombre de facteurs. Selon lui, le tribunal doit examiner la nature du droit, l'étendue de sa violation et jusqu'à quel point la restriction permet d'atteindre l'objectif souhaitable contenu dans la mesure législative. Le juge McIntyre conclut ainsi, à la page 185:

Il n'existe pas de critère unique en vertu de l'article premier; au contraire, la Cour doit soupeser avec soin un bon nombre de facteurs pour décider s'il s'agit d'une violation raisonnable dont la justification puisse être démontrée.

En l'espèce, j'ai déjà décrit les exigences et les limites imposées au processus de reconnaissance du statut de réfugié au Canada en raison du respect, par le législateur et par les tribunaux, des droits individuels, des droits au contrôle judiciaire, de l'équité et de la rectitude administratives et, il va sans dire, du droit inhérent à tout le processus, soit le droit du demandeur de se faire représenter par un avocat. Le législateur a conclu que l'une des raisons du mauvais fonctionnement du système provenait des délais causés par la non-disponibilité des avocats. Il a également conclu que ces délais avaient une plus grande incidence sur les revendications aux points d'entrée du simple fait qu'il y avait beaucoup plus de revendications qui y étaient traitées. Le législateur pouvait-il abolir le droit à l'assistance d'un avocat pour éliminer les délais? Pouvait-il payer les services de l'avocat choisi par le demandeur, que l'avocat soit disponible ou non? Le législateur pouvait-il imposer unilatéralement au demandeur les services d'un avocat engagé par la Commission de l'emploi et de l'immigration du

Canada Employment and Immigration Commission or chosen from a list of paid duty counsel?

I am sure that Parliament toyed with many of these options and in my view, it was Parliament's right to pick one of them. La Forest J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at page 795, says this:

In seeking to achieve a goal that is demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, a legislature must be given reasonable room to manoeuvre to meet these conflicting pressures.

In my view, the provision for publicly paid counsel under the circumstances prescribed, represents to port of entry claimants a minimal benefit to them. It is the pragmatic *quid pro quo* for imposing on them, in the circumstances prescribed, a counsel who is not of their own choosing. I would suggest that if the benefit to port of entry claimants is minimal, the unequal treatment for inland claimants could also be said to be minimal, an equation which, although not directly explored in the *Andrews* case (*supra*), appears to me to be part and parcel of the "balancing of many factors" which McIntyre J. suggests.

I have also previously summarized the magnitude of the administrative problem facing Parliament in the face of the ever-increasing refugee claims backlog. To any reasonable observer, it would be evident that the whole credibility of Canada's immigration policies and rules was becoming seriously impaired and that not one, but several remedies had to be brought to bear. This Court is, of course, not aware of the several choices available to Parliament in the broad spectrum of the *Immigration Act* and of its Regulations [*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172*]. It might be argued that a solution other than that of prescribed paid counsel for port of entry claimants could have been found but this would be mere speculation and conjecture. It was up to Parliament, if its avowed purpose was to accelerate the refugee claims determination process and at the same time, respect the rights of all individuals

Canada ou choisi à partir d'une liste d'avocats rétribués par l'État?

Je suis certain que le législateur a étudié bon nombre de ces options. À mon avis il avait le droit d'en choisir une. Voici ce qu'a déclaré le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la page 795:

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées.

À mon avis, la disposition prévoyant le paiement des services d'avocats par le ministre dans les circonstances prévues par règlement ne représente qu'un avantage minimal pour les demandeurs aux points d'entrée. Il s'agit en quelque sorte d'un échange pragmatique en contrepartie de l'imposition, dans les circonstances prévues par règlement, d'un avocat qu'ils n'ont pas choisi. Selon moi, si l'avantage accordé aux demandeurs aux points d'entrée est minimal, l'inégalité dans le traitement accordé aux demandeurs de l'intérieur peut également être perçue comme minimale, équation qui, même si elle n'est pas directement étudiée dans l'affaire *Andrews* (précitée), me semble toutefois faire partie intégrante de l'obligation de «soupeser avec soin un bon nombre de facteurs» que suggère le juge McIntyre.

J'ai également résumé l'ampleur du problème administratif auquel doit faire face le législateur devant l'arriéré sans cesse grandissant des revendications du statut de réfugié. Il semble évident à tout observateur raisonnable que la crédibilité des politiques et des règles du Canada en matière d'immigration était sérieusement attaquée et qu'il fallait envisager non pas une, mais plusieurs solutions. La Cour ne connaît naturellement pas les divers choix qui se présentaient au législateur parmi la vaste gamme des dispositions de la *Loi sur l'immigration* et de ses règlements d'application [*Règlement sur l'immigration de 1978 DORS/78-172*]. On pourrait prétendre que le législateur aurait pu trouver une autre solution que celle de payer les services d'avocats fournis à des demandeurs de points d'entrée, mais cela ne serait que spéculation et conjecture. Il appartenait au législateur, dans sa recherche de moyens pour accélérer le processus de reconnaissance du statut de réfugié tout en respectant les droits de toutes les

involved, to decide which formula would be most amenable to that purpose.

I should therefore conclude that, while assuming for purposes of this case that the impugned legislation is in breach of section 15 of the Charter, it enjoys continuing legitimacy under section 1 of the Charter.

Issue No. 4: Was the specific relief provided to the respondent by the tribunal within the latter's competence and jurisdiction?

By reason of my disposition of the two previous issues, I should not deal at length on the scope of any remedy which subsection 52(1) might make available to an administrative tribunal. I would only observe that subsection 52(1) simply declares that if inconsistency with a constitutional provision is found to exist, a law, to the extent of the inconsistency, is of no force or effect. The section says no more than that. It does not fashion a remedy. A tribunal may be empowered to disregard the inconsistent law but as I interpret current doctrine, it cannot provide a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter. Such a role is reserved to courts of competent jurisdiction. There might be in certain circumstances a form of remedy which is not in fact the kind of remedy under subsection 24(2) but which, by the nature of the impugned legislation as well as by the constituent powers and attributes conferred on a tribunal by statute, immediate relief may be provided.

In my view, this circumstance is not present in the case before me. If the tribunal's purpose was to provide a section 24 remedy, it lacked the jurisdiction to do so. All the more is the tribunal precluded from fashioning a remedy when the remedy is in the nature of a legislative amendment. Such a role is properly left to Parliament.

Issue No. 5: What are the limits, if any, to the jurisdiction of the Refugee Division member when dealing with matters other than eligibility and credibility in the course of an immigration inquiry?

personnes en cause, de décider quelle formule serait la plus appropriée à cette fin.

Je devrai donc conclure, tout en supposant pour les fins de l'espèce que la mesure législative attaquée viole l'article 15 de la Charte, qu'elle est toutefois justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

Question n° 4: La réparation précise accordée à l'intimé par le tribunal relevait-elle de la compétence du tribunal?

Compte tenu de mes conclusions sur les deux questions antérieures, je ne m'arrêterai pas longuement sur la portée de toute réparation que le paragraphe 52(1) peut habiliter un tribunal administratif à établir. Je me contenterai d'observer que le paragraphe 52(1) déclare uniquement que la constitution rend inopérante toute disposition incompatible de toute autre règle de droit. Voilà tout ce que dit cet article, rien de plus. Il n'établit pas de réparation. Un tribunal peut être habilité à ne pas reconnaître la disposition incompatible, mais, selon mon interprétation de la doctrine actuelle, il ne peut accorder une réparation fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte. Ce rôle n'appartient qu'à un tribunal compétent. Il peut y avoir, dans certaines circonstances, une forme de réparation qui n'est pas en fait la sorte de réparation prévue au paragraphe 24(2) mais qui, compte tenu de la nature de la mesure législative attaquée de même que des pouvoirs et attributs conférés au tribunal par la loi, permet de donner un redressement immédiat.

À mon avis, ces circonstances n'existent pas en l'espèce. Si le tribunal cherchait à accorder une réparation fondée sur l'article 24, il n'en avait pas le pouvoir. L'incapacité du tribunal à établir une réparation est d'autant plus évidente que la réparation tient en l'espèce de la nature d'une modification législative. Ce rôle n'appartient qu'au législateur.

Question n° 5: Quelles sont les limites, s'il en est, de la compétence du membre de la section du statut lorsqu'il s'agit de questions autres que celles touchant la recevabilité et l'existence d'un minimum de fondement au cours d'une enquête en matière d'immigration?

Two opposite arguments have been advanced on this issue. One argument is to the effect that a Refugee Division member enjoys very limited jurisdiction in such an inquiry. The Refugee Division member, it is said, is only called upon to join a two-person tribunal when a refugee claim has been made. Any other immigration inquiry is under the exclusive jurisdiction of a single adjudicator. It is also suggested that the adjudicator, pursuant to subsection 46(1) of the statute [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14], presides at the inquiry and has the ultimate decision-making power in all areas of the inquiry except as to eligibility and credibility issues. Outside that field of investigation, the Refugee Division member is *functus*.

The other side of the coin suggests that upon a true construction of the statute, the Refugee Division member is entitled to participate at all stages of the inquiry. Subsection 43(3) of the Act [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] specifically states that if a refugee claim is made, and a Refugee Division member is not present, the inquiry is to be adjourned and "shall be continued thereafter only in the presence of both the adjudicator and the member." (My emphasis). This indicates that the intention of Parliament, in creating a two-person tribunal, is to have both of them participate in the inquiry. It would otherwise be silly of Parliament to so provide simply to enable the Refugee Division member to enjoy stand-by time except on the issue of eligibility and credibility.

Furthermore, so the argument goes, the presence and participation of both members of the tribunal, at any or all stages of the inquiry, involves continuing but ever-shifting elements of the credibility of the refugee claimant, a factor which may often be either confirmed or destabilized on the basis of the evidence adduced throughout the inquiry.

I will concede that a proper determination of the role of the Refugee Division member is not without difficulty. Sound argument, in terms of statutory dispositions and perceived legislative intent, may be made on both sides. I will also admit that

On a présenté deux arguments opposés sur cette question. L'un porte que le membre de la section du statut n'a qu'une compétence très limitée dans l'enquête. Le membre de la section du statut ne serait appelé à se joindre au tribunal de deux personnes que lorsqu'une revendication du statut de réfugié a été présentée. Toute autre enquête en matière d'immigration relèverait de la compétence exclusive de l'arbitre seul. On suggère également que l'arbitre, en vertu du paragraphe 46(1) de la Loi, [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14] préside l'enquête et détient le pouvoir final de décision dans tous les domaines de l'enquête, à l'exception des questions de recevabilité et d'existence d'un minimum de fondement. En dehors de ces domaines d'enquête, le membre de la section du statut n'a aucun pouvoir.

D'autre part, on suggère qu'en vertu d'une interprétation adéquate de la loi, le membre de la section du statut est habilité à participer à toutes les étapes de l'enquête. Le paragraphe 43(3) de la Loi [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14] prévoit expressément qu'en cas de revendication du statut de réfugié et d'absence du membre de la section du statut, l'enquête est ajournée et qu'elle «ne peut se poursuivre qu'en présence et de l'arbitre et d'un membre de la section du statut.» (C'est moi qui souligne). C'est là une indication de l'intention du législateur, en créant un tribunal de deux personnes, de les faire participer toutes deux à l'enquête. Autrement, il serait dérisoire pour le législateur de prévoir un tel mécanisme uniquement pour que le membre de la section du statut demeure en attente sauf à l'égard des questions de recevabilité et d'existence d'un minimum de fondement.

L'argument fait de plus valoir que la présence et la participation des deux membres du tribunal, à toute étape de l'enquête, permet d'apprécier les éléments suivis mais changeants de la crédibilité des dépositions du demandeur du statut de réfugié, facteur qui peut souvent être confirmé ou infirmé par des éléments de preuve apportés au cours de toute l'enquête.

Je concède qu'il est difficile de déterminer exactement le rôle du membre de la section du statut. Eu égard aux dispositions de la loi et à l'objet visé par le législateur, on peut présenter des arguments valables d'un côté comme de l'autre. J'admets

the statute does circumvent the Refugee Division member's role in the determination processes which would lead one to conclude that apart from the refugee claim issue, he or she is effectively bereft of any jurisdiction or authority and the rest of the inquiry remains exclusively in the hands of the adjudicator.

On balance, however, I should conclude that the continuing presence and participation of that member throughout the inquiry is sanctioned. My conclusion is essentially based on the distinction which might be made between the power or authority to hear and the power and authority to both hear and decide. This distinction is forcibly imposed by the problems inherent to any two-person tribunal when decisions must be made. It is certain that Parliament, in striving for an accelerated procedure to deal with refugee claims, did not do so with the intention of ending up with hung juries. Parliament, as I interpret the relevant statutory provisions, had to find a pragmatic formula to resolve any impasse the system might create. It was therefore decreed that, in the course of an inquiry before a two-person tribunal:

1. The adjudicator would preside at the inquiry.
2. The adjudicator would decide on immigration issues generally as well as on the depart/ deport process.
3. Both the adjudicator and the Refugee Division member would have equal voice on the eligibility and credibility issue.
4. To assure fairness in what is effectively a threshold issue for refugee claimants, one affirmative vote for a refugee claimant would be weighed in his favour.

I observe at this stage how fruitless it is, in dealing with such a tribunal, to articulate a series of abstract rules of law which would anticipate and regulate once and for all the myriad procedures and incidences that arise in the course of such inquiries. Questions or answers might be ruled inadmissible, relevancy is questioned, objections are taken, ruled or reserved. Human rights, human

également que la loi limite le rôle du membre de la section du statut dans les processus de reconnaissance du statut de réfugié, ce qui porterait à conclure que, exception faite de la question de la revendication du statut de réfugié, le membre est effectivement privé de toute compétence ou autorité et que le reste de l'enquête relève exclusivement de la compétence de l'arbitre.

Tout compte fait cependant, je dois conclure que la présence et la participation continues de ce membre au cours de l'enquête s'imposent. Ma conclusion est essentiellement fondée sur la distinction qu'il est possible d'établir entre le pouvoir ou l'autorité d'entendre, d'une part, et le pouvoir et l'autorité d'entendre et de décider, d'autre part. Cette distinction s'impose forcément en raison des problèmes inhérents à tout tribunal de deux personnes qui doit rendre des décisions. Il est certain que le législateur, qui cherchait à établir une procédure expéditive pour traiter les revendications du statut de réfugié, n'avait pas l'intention d'instituer des mécanismes qui donneraient lieu à des impasses. Selon mon interprétation des dispositions de la loi pertinente, le législateur cherchait une formule pratique pour régler toute impasse que le système pouvait engendrer. Il a par conséquent prévu que, au cours d'une enquête devant un tribunal composé de deux personnes:

1. L'arbitre préside l'enquête.
2. L'arbitre tranche les questions d'immigration en général de même que celles qui ont trait au processus d'expulsion et d'interdiction de séjour.
3. L'arbitre et le membre de la section du statut ont une voix égale sur la question de la recevabilité et de l'existence d'un minimum de fondement.
4. Afin d'assurer un traitement équitable à l'égard de ce qui est effectivement une question limite pour les demandeurs du statut de réfugié, un vote affirmatif penche en faveur du demandeur du statut de réfugié.

Je note en ce moment comme il est stérile, lorsqu'on traite de cette sorte de tribunal, d'établir une série de règles de droit abstraites pour prévoir et régir une fois pour toutes la multitude de procédures et d'étapes qui se déroulent au cours de telles enquêtes. Des questions et des réponses peuvent y être jugées inadmissibles, la pertinence de certaines observations remise en cause, des objections

security and the respect of the public for international commitments, all are values which are freely and generously expressed and which underlie the statute. Yet, one must not overlook the essentially individual approach to refugee claims. As far as the tribunal is concerned, that's where the buck stops. Some claimants, as was pointed out by the adjudicator, are in genuine need of protection, others might appear to advance abusive claims. The judgment call on some may be relatively easy. Other cases would be more borderline when a decision, one way or other, is not so easily made.

In that atmosphere, would it have been Parliament's intention to create procrustean beds of finite dimensions, to establish firm and exclusive categories and to obliterate completely the natural dynamics which ordinarily govern an inquiry? Did Parliament intend that such an inquiry be conducted with a scenario in which specific lines in the script are assigned to each individual actor?

The answer is, in my respectful view, self evident. The staging of various issues before the inquiry are procedural only. The total of the evidence, however, is through one inquiry, in which both the adjudicator and the Refugee Division member are present and to which both will, of necessity, participate. In some issues, of course, the adjudicator's role or intervention might be predominant and only his decision will prevail. Yet, even in hearing or considering the evidence as to those issues, both members must come to terms with the credibility issue. They must assess the claimant's demeanour, the manner as well as the substance of his plea, the directness or evasiveness of his replies, all of which influence, in a subjective as well as more objective manner, the ultimate decision or judgment call which each will have to make.

Could it be argued that a finding on credibility be limited to that part of the evidence at the inquiry dealing exclusively with refugee status? Would not the adjudicator, who must himself make a finding on credibility, have an edge on his colleague? Would there not be an issue of fact of

peuvent être soulevées, accueillies ou accueillies avec réserve. Les droits de la personne, la sécurité humaine et le respect du public à l'égard des engagements internationaux sont tous des valeurs librement et généreusement reconnues qui sous-tendent les dispositions de la loi. Par ailleurs, il ne faut pas ignorer la nature essentiellement individuelle des revendications du statut du réfugié. Le tribunal constitue l'endroit où ces revendications doivent être réglées. Certains demandeurs, comme l'a souligné l'arbitre, ont véritablement besoin de protection; d'autres semblent présenter des revendications non fondées. Dans certains cas, il est relativement facile de trancher. Dans d'autres, il s'agit de situations limites où il est difficile de conclure dans un sens ou dans l'autre.

Dans ce contexte, le législateur aurait-il eu l'intention de créer des lits de Procruste de dimensions limitées, d'établir des catégories fermes et exclusives et d'annuler complètement la dynamique naturelle qui régit habituellement une enquête? Le législateur voulait-il qu'une telle enquête soit menée selon un scénario dont le texte préciserait les paroles attribuées à chaque acteur?

À mon avis, poser la question, c'est y répondre. L'encadrement des diverses questions avant l'enquête relève de la procédure seulement. L'ensemble des éléments de preuve s'élabore toutefois au cours de l'enquête, où l'arbitre et le membre de la section du statut sont tous deux présents et à laquelle, par nécessité, tous deux participent. À l'égard de certaines questions naturellement, le rôle ou l'intervention de l'arbitre peut être prépondérant, et sa décision seule peut prévaloir. Toutefois, même au cours de l'audience ou de l'examen des éléments de preuve sur ces questions, les deux membres doivent étudier la question de l'existence d'un minimum de fondement. Ils doivent évaluer le comportement du demandeur, la forme comme la substance de sa requête, sa façon directe ou évasive de répondre, tous des éléments qui influencent de façon tant subjective qu'objective la décision ou le jugement final que chacun devra rendre.

Pourrait-on prétendre qu'une conclusion sur l'existence d'un minimum de fondement devrait se limiter à cette partie de la preuve au cours de l'enquête qui porte exclusivement sur le statut de réfugié? L'arbitre qui doit lui-même tirer une conclusion sur l'existence d'un minimum de fonde-

particular concern to the Refugee Division member and which he would be denied the right to explore? To bifurcate the role of the Refugee Division member in this manner would tend to defeat the purpose of the new procedure.

If the actual decision-making role of that member is more limited, I should nevertheless think that throughout the course of the inquiry, the adjudicator needs all the help he can get. The procedure is avowedly one to expedite the determination of refugee claims at the first level, and unless the adjudicator is gifted with an untoward degree of divine knowledge and wisdom, or unless his colleague is completely deprived of any of these attributes, I should suggest that a continuing collegial approach by way of one's contribution to the other would, in normal circumstances, advance the purpose which Parliament intended.

As presiding officer, there is no problem facing the adjudicator in deciding whether or not at any stage in the proceedings in which a decision is exclusively his to make, the participation of his colleague should be limited or restricted. Heaven knows that the cogency or relevancy of any intervention is a search for truth in the eye of one and a waste of time in the eye of the other. Such shortcomings or experiences, however, should in no way undermine the role each member of the tribunal is called upon to perform. And if unresolvable personality conflicts develop between them, there is no reason why they should continue to sit on the same panel.

I should also find in Parliament's decision to have the adjudicator preside at the inquiry, that such appointment would confer upon him the binding authority to decide on all matters of procedure. It would be vexatious indeed to have an inquiry grind to a halt at any stage of it if conflicting rulings were made.

I have great respect for the approach of counsel who would favour a clear-cut separation of functions. It flatters the orderly and logical mind of

ment n'aurait-il pas une longueur d'avance sur son collègue? Se pourrait-il que le membre de la section du statut n'ait pas le droit d'examiner une question de fait particulièrement importante pour lui? Faire bifurquer ainsi le rôle du membre de la section du statut aurait pour effet de contrecarrer le but de la nouvelle procédure.

Si le rôle effectif de prise de décision de ce membre est plus limité, il me semble néanmoins qu'au cours de l'enquête, l'arbitre a besoin de toute l'aide qu'on peut lui apporter. La procédure vise manifestement à accélérer le processus de reconnaissance du statut de réfugié au premier niveau; à moins que l'arbitre ne soit doué d'un degré peu commode de connaissance et de sagesse divines, ou que son collègue n'en soit complètement privé, j'estime qu'une approche collégiale suivie et faite d'apports mutuels permettrait, dans des circonstances normales, d'atteindre l'objectif visé par le législateur.

En sa qualité de président, l'arbitre n'éprouve pas de problème à décider si, à une étape quelconque de la procédure où il est seul compétent pour rendre une décision, la participation de son collègue devrait être limitée ou restreinte. Il est bien connu que la justesse ou la pertinence d'une intervention est une notion relative et que ce qui est une recherche de la vérité pour l'un peut être une perte de temps pour l'autre. De telles expériences ou limites ne devraient toutefois pas miner le rôle que chaque membre du tribunal est appelé à jouer. Et s'il arrivait qu'un conflit de personnalités insoluble surgisse entre eux, rien ne les forcerait à continuer à faire équipe.

Je déduis également de la décision du législateur d'habiliter l'arbitre à présider l'enquête que celui-ci a le pouvoir de décider de toutes les questions de procédure. Il serait en effet ennuyeux qu'une enquête s'arrête à une étape quelconque parce que des décisions opposées ont été rendues.

Je respecte beaucoup la tendance de l'avocat à établir une séparation claire des fonctions. Elle flatte l'esprit d'ordre et de logique de tout juriste

every jurist who is professionally trained to define black and white positions and leave no room for the grey. Care must be taken, however, not to extend this discipline too far. It gives too much immunity to abstractions and imposes a mechanistic and constricted procedure conducive to creating even more grounds for jurisdictional errors provoking new fields for judicial review. To admit to such a result would certainly go against the grain of the statute.

In essence, I see no reason why a Refugee Division member cannot or should not participate at any of the several so-called stages of the inquiry. The extent of that participation will depend on the nature of the case and the various issues which might be raised. The Refugee Division member would not, by reason of the exclusive authority conferred on the adjudicator, have the competence to submit either concurrent or dissenting decisions in matters other than the eligibility or credibility issue. A sense of propriety, in my view, would always govern the conduct of the Refugee Division member whenever he should personally disagree with an adjudicator's decision.

To conclude that a Refugee Division member has the jurisdiction to participate but not to decide except on the eligibility and credibility issue, might raise some eyebrows in academic circles. Some might argue that the two concepts are complementary and that otherwise we face a contradiction in terms. My view on that, however, is that Parliament has adopted a *sui generis* approach to remedy what has already become a critical problem. The artful or ingenious method used might or might not bear the test of experience. In the meantime, however, it is my view that one should adopt a more eclectic as against a more doctrinal approach to Parliament's formula.

CONCLUSIONS

I should now sum up the conclusions I have reached with respect to the various issues submitted to the Court.

qui, par sa formation professionnelle, est porté à définir les positions en noir et blanc et à éliminer les zones grises. Il faut toutefois prendre garde de ne pas étendre cette discipline trop loin. Elle pardonne trop les abstractions et impose une procédure mécaniste et restrictive susceptible de créer encore plus d'occasions d'erreurs de compétence, donnant ainsi lieu à de nouvelles occasions de contrôle judiciaire. Un tel résultat irait certainement à l'encontre du but visé par la loi.

Essentiellement, je ne vois aucune raison pour empêcher un membre de la section du statut de participer à l'une ou l'autre des diverses étapes de l'enquête. L'étendue de cette participation dépend de la nature de l'espèce et des diverses questions qui peuvent y être soulevées. Le membre de la section du statut n'aurait pas, en vertu de l'autorité exclusive conférée à l'arbitre, la compétence de présenter des décisions concurrentes ou dissidentes sur des questions autres que celles de la recevabilité et de l'existence d'un minimum de fondement. À mon avis, un sens de la convenance devrait toujours régir la conduite du membre de la section du statut chaque fois qu'il n'est pas personnellement d'accord avec la décision de l'arbitre.

Il se peut que le fait de conclure que le membre de la section du statut a la compétence pour participer mais non pour décider, exception faite des questions de recevabilité et d'existence d'un minimum de fondement, soulève certaines interrogations dans les milieux professionnels. Certains pourraient prétendre que les deux notions sont complémentaires et qu'il y a risque de contradiction dans les termes si nous les employons autrement. J'estime toutefois que le législateur a adopté une attitude *sui generis* pour résoudre ce qui était devenu un problème critique. La méthode habile ou ingénieuse employée peut passer ou échouer l'examen de l'expérience. Entre temps, j'estime toutefois qu'il y a lieu d'adopter un point de vue éclectique plutôt que doctrinal à l'égard de la formule retenue par le législateur.

CONCLUSIONS

Je résumerai ainsi les conclusions auxquelles je suis arrivé à l'égard des points en litige dont on a saisi la Cour.

1. It is my view that the immigration inquiry tribunal in question possesses the required competence to apply subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, in order to determine the constitutionality of any law which it has the statutory duty to apply and which is properly before it. Its decision to that effect is not in the nature of a declaratory judgment and of course no curial deference is owed to it. I would subscribe in this respect to the majority decision of the Ontario Court of Appeal in the *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1989), 70 O.R. (2d) 179 (C.A.) which is not inconsistent with the *Tétreault-Gadoury* case, *supra* decided by the Federal Court of Appeal.

2. Subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, however, simply declares that if inconsistency with a constitutional provision is found to exist, a law, to the extent of the inconsistency, is of no force or effect. A tribunal can only disregard the "inconsistent" law but it cannot fashion a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter. That is a role reserved to courts of competent jurisdiction.

3. A tribunal is all the more so precluded from fashioning such a remedy when the remedy is in the nature of a legislative amendment, a role properly left to Parliament.

4. Even if it should be conceded that on the facts before it, the tribunal did not err in law in finding that a portion of the language used in subsection 39.3 of the Regulations [as am. by SOR/89-38, s. 18] was in breach of section 15 of the Charter, I find that the provision is otherwise justified under section 1 of the Charter.

5. I should finally conclude that the Refugee Division member, obliged by statute to be present during the whole inquiry, is also entitled to participate in it, but evidently not competent to decide on any matter save the eligibility and credibility issue. The extent of such member's participation I leave to the dynamics of any particular case.

1. Je conclus que le tribunal d'enquête de l'immigration en cause a la compétence nécessaire pour appliquer le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* afin d'établir la constitutionnalité de toute loi qu'il est habilité à appliquer et dont il est saisi. La décision qu'il rend à cet égard ne tient pas de la nature d'un jugement déclaratoire et, partant, peut être révisée par la Cour. À cet égard, je souscris à la décision majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1989), 70 O.R. (2d) 179 (C.A.), qui concorde avec l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, rendu par la Cour d'appel fédérale.

2. Toutefois, le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit uniquement que la constitution rend inopérante les dispositions incompatibles, le cas échéant, de toute autre règle de droit. Le tribunal a alors uniquement le pouvoir de ne pas tenir compte de la disposition « incompatible », et il ne peut établir une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Ce rôle n'appartient qu'aux tribunaux compétents.

3. Le tribunal est d'autant plus inhabile à établir une telle réparation que celle-ci tient de la nature d'une modification législative, rôle qui n'appartient qu'au législateur.

4. Même en supposant que, eu égard aux faits dont il était saisi, le tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en concluant qu'une partie du libellé employé au paragraphe 39.3 du Règlement [mod. par DORS/89-38, art. 18] constituait une violation de l'article 15 de la Charte, je conclus que la disposition est justifiée autrement en vertu de l'article premier de la Charte.

5. Je conclus finalement que le membre de la section du statut, que la loi oblige à être présent au cours de l'enquête, est également habilité à y participer, sans toutefois avoir compétence pour trancher des questions autres que celles de la recevabilité et de l'existence d'un minimum de fondement. L'étendue de la participation de ce membre dépend de la dynamique propre à chaque espèce.

I would invite the parties to submit for approval a draft of a formal order for my consideration and signature and which will incorporate the foregoing decisions.

This is not a matter for costs.

J'invite les parties à me soumettre pour approbation un projet d'ordonnance comprenant les décisions susmentionnées que j'examinerai et que je signerai.

^a Il n'y aura aucune adjudication des dépens.