

A-229-81

A-229-81

Muhsin Engin Ergul (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)

Court of Appeal, Pratte and Urie JJ. and Verchere D.J.—Vancouver, October 5 and 9, 1981.

Judicial review — Immigration — Application to review and set aside Adjudicator's decision to issue a departure notice against the applicant — Applicant's claim to refugee status was rejected — Inquiry resumed by an Adjudicator other than the Adjudicator who presided at the adjourned inquiry — Applicant objected on the ground that, as substantive evidence had been adduced before the adjournment, the inquiry could not, without applicant's consent, be resumed by a new adjudicator pursuant to s. 35(3) of the Immigration Regulations, 1978 — Whether the inquiry was resumed under s. 46 of the Immigration Act, 1976 — Whether s. 35(3) of the Regulations requires the applicant's consent to the resumption of the inquiry by a new adjudicator — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27, 45(1), 46(1),(2), 115(1) — Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35(3) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

Following a determination that the applicant was not a Convention refugee, the inquiry held to determine whether he had remained in the country without authorization after the expiry of his visitor status was resumed by an Adjudicator other than the Adjudicator who had presided at the adjourned inquiry. Applicant objected to the change of Adjudicator and argued that, as substantive evidence had been adduced before the adjournment, the inquiry could not, without the applicant's consent, be resumed by a new adjudicator pursuant to section 35(3) of the *Immigration Regulations, 1978*. The Adjudicator rejected that contention on the ground that section 35(3) did not apply to the resumption of an inquiry pursuant to section 46(1) of the *Immigration Act, 1976*, and issued a departure notice against applicant. The issues are whether the inquiry was adjourned pursuant to section 46 of the Act and whether section 35(3) of the Regulations requires the applicant's consent to the resumption of the inquiry by a new adjudicator.

Held, the application is granted. If an adjudicator presiding over an inquiry during which a claim to refugee status is made, adjourns the inquiry prematurely, without having made the determination required by section 45(1) of the Act, i.e. without having determined whether a removal order should be made or a departure notice issued, the inquiry is not, strictly speaking, adjourned pursuant to section 45(1). And when that same inquiry is later resumed, its resumption is not governed by section 46(1) of the Act since the inquiry is not resumed for the sole purpose mentioned in section 46(2), i.e. to make a removal order or to issue a departure notice, but also for the purpose of making the determination that should normally have been

Muhsin Engin Ergul (Requérant)

c.

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (Intimé)

Cour d'appel, les juges Pratte et Urie et le juge suppléant Verchere—Vancouver, 5 et 9 octobre 1981.

Examen judiciaire — Immigration — Demande d'examen et d'annulation de la décision de l'arbitre de prononcer un avis d'interdiction de séjour contre le requérant — La revendication du statut de réfugié du requérant a été rejetée — L'enquête a été reprise par un arbitre autre que celui qui la présidait au moment de l'ajournement — Le requérant s'est opposé, prétendant qu'en vertu de l'art. 35(3) du Règlement sur l'immigration de 1978 l'enquête ne pouvait être reprise par un nouvel arbitre sans que le requérant y consente, parce que des preuves réelles avaient été produites avant l'ajournement — Il échet d'examiner si c'est en vertu de l'art. 46 de la Loi sur l'immigration de 1976 que l'enquête a été reprise — Il échet d'examiner si l'art. 35(3) du Règlement exige le consentement du requérant à la reprise de l'enquête par un nouvel arbitre — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, c. 52, art. 27, 45(1), 46(1),(2), 115(1) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(3) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), c. 10, art. 28.

A la suite d'une décision concluant que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention, l'enquête tenue afin d'établir si celui-ci était demeuré au Canada sans autorisation après avoir perdu sa qualité de visiteur a été reprise par un autre arbitre que celui qui présidait l'enquête au moment de l'ajournement. Le requérant s'est opposé à ce changement d'arbitre et a prétendu que selon l'article 35(3) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, l'enquête ne pouvait être reprise par un nouvel arbitre sans que le requérant y consente, parce que des preuves réelles avaient été produites avant l'ajournement. L'arbitre a rejeté cet argument pour le motif que l'article 35(3) ne s'appliquait pas à la reprise d'une enquête en vertu de l'article 46(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, et a prononcé un avis d'interdiction de séjour contre le requérant. Il échet d'examiner si l'enquête a été ajournée conformément à l'article 46 de la Loi et si l'article 35(3) du Règlement exige le consentement du requérant à la reprise de l'enquête par un nouvel arbitre.

Arrêt: la demande est accueillie. Si un arbitre commence une enquête au cours de laquelle la personne revendique le statut de réfugié et ajourne l'enquête sans avoir décidé ce qu'exige l'article 45(1) de la Loi, c'est-à-dire sans avoir décidé s'il convient de prononcer le renvoi ou l'interdiction de séjour de la personne visée, l'enquête n'est pas véritablement ajournée en vertu de l'article 45(1). Et lorsque cette enquête est reprise par la suite, cette reprise n'est pas régie par l'article 46(1) de la Loi puisque l'enquête n'est pas reprise à la seule fin mentionnée à l'article 46(2), c'est-à-dire prononcer le renvoi ou l'interdiction de séjour, mais également dans le but d'arriver à la décision qui aurait dû normalement être prise avant l'ajournement. Par

made before the adjournment. It follows that in such a case, section 35(3) of the Regulations applies and the inquiry cannot, without the consent of the person concerned, be resumed by an adjudicator other than the adjudicator who presided at the commencement of the inquiry. In the present case, it is common ground that the Adjudicator who commenced the inquiry adjourned it immediately after finding that the allegations of the section 27 report were well founded without determining whether a deportation order should be made or a departure notice issued. The applicant's consent was therefore needed.

APPLICATION for judicial review.

COUNSEL:

Dennis G. McCrea for applicant.
A. Louie for respondent.

SOLICITORS:

Rosenbloom, McCrea & Leggatt, Vancouver,
for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for
respondent.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

PRATTE J.: This section 28 application is directed against the decision of an Adjudicator under the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, to issue a departure notice requiring the applicant to leave Canada before midnight May 20, 1981.

The applicant, who comes from Turkey, entered Canada as a visitor on December 12, 1978. Following a report made pursuant to section 27 of the *Immigration Act, 1976*, an inquiry was held to determine whether he had remained in the country without authorization after the expiry of his visitor status. Early in the inquiry he claimed to be a Convention refugee. The Adjudicator, as he was required to do by subsection 45(1), nevertheless continued the inquiry and determined that the allegation contained in the section 27 report was well founded. Having made this finding, he adjourned the inquiry so that the applicant's claim to refugee status be considered. That claim was eventually rejected and the applicant was determined not to be a Convention refugee. The inquiry was then resumed by an Adjudicator other than the Adjudicator who had presided at the adjourned inquiry. At the resumption of the inquiry, counsel

conséquent, dans un tel cas, l'article 35(3) du Règlement s'applique et l'enquête ne peut être reprise par un arbitre différent de celui qui a commencé l'enquête, sans le consentement de la personne concernée. En l'espèce, il est admis que l'arbitre qui a commencé l'enquête l'a ajournée dès qu'il a conclu que les allégations contenues dans le rapport préparé en vertu de l'article 27 étaient bien fondées, sans avoir décidé s'il convenait de prononcer l'expulsion ou l'interdiction de séjour du requérant. Il fallait donc que ce dernier donne son consentement.

DEMANDE d'examen judiciaire.

AVOCATS:

Dennis G. McCrea pour le requérant.
A. Louie pour l'intimé.

PROCUREURS:

Rosenbloom, McCrea & Leggatt, Vancouver,
pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour
l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

LE JUGE PRATTE: Il s'agit d'une requête fondée sur l'article 28 attaquant la décision, rendue par un arbitre en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, d'émettre un avis d'interdiction de séjour ordonnant au requérant de quitter le Canada avant minuit le 20 mai 1981.

Le requérant, originaire de Turquie, est arrivé au Canada en qualité de visiteur le 12 décembre 1978. A la suite d'un rapport établi en vertu de l'article 27 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, une enquête a été instituée pour déterminer s'il était demeuré sans autorisation au Canada après avoir perdu sa qualité de visiteur. Dès le début de l'enquête, il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. Conformément au paragraphe 45(1), l'arbitre a néanmoins poursuivi son enquête et a conclu que l'allégation figurant dans le rapport rédigé en vertu de l'article 27 était bien fondée. A la suite de cette conclusion, il a ajourné son enquête pour que soit examinée la revendication du statut de réfugié par le requérant. Cette revendication a été déclarée mal fondée et il a été décidé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. L'enquête a été ensuite reprise par un arbitre autre que celui qui la prési-

for the applicant objected to this change of Adjudicator. He invoked subsection 35(3) of the Regulations [*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172*] and argued that, as substantive evidence had been adduced before the adjournment, the inquiry could not, without the applicant's consent, be resumed by a new adjudicator. The Adjudicator rejected that contention and held that subsection 35(3) of the Regulations does not apply to the resumption of an inquiry pursuant to subsection 46(1) of the Act. He pursued the inquiry and, having reached the conclusion that this was not a case where a deportation order ought to be made, he issued the departure notice against which this section 28 application is directed.

Of the various questions raised by counsel for the applicant, only one, in my view needs to be considered: did subsection 35(3) of the Regulations require the applicant's consent to the resumption of the inquiry by a new adjudicator?

The statutory provisions which are relevant to that question are subsection 35(3) of the Regulations, subsection 45(1) and section 46 of the Act.

Subsection 35(3) of the Regulations reads as follows:

35. ...

(3) When an inquiry has been adjourned pursuant to the Act or these Regulations, it may be resumed by an adjudicator other than the adjudicator who presided at the adjourned inquiry with the consent of the person concerned or where no substantive evidence has been adduced.¹

Subsection 45(1) and section 46 of the Act contain the following provisions:

45. (1) Where, at any time during an inquiry, the person who is the subject of the inquiry claims that he is a Convention refugee, the inquiry shall be continued and, if it is determined that, but for the person's claim that he is a Convention refugee, a removal order or a departure notice would be made or issued with respect to that person, the inquiry shall be adjourned and that person shall be examined under oath by a senior immigration officer respecting his claim.

¹ This Regulation was made pursuant to paragraph 115(1)(g) of the Act:

115. (1) The Governor in Council may make regulations (g) establishing the procedures to be followed at an inquiry and prescribing ... the circumstances in which an inquiry that has been adjourned may be resumed by an adjudicator other than the adjudicator who presided at the adjourned inquiry;

dait au moment de l'ajournement. A la reprise de l'enquête, l'avocat du requérant s'est opposé à ce changement d'arbitre. Il a invoqué le paragraphe 35(3) du Règlement [*Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172*] et a prétendu que l'enquête ne pouvait être reprise par un nouvel arbitre, sans le consentement du requérant, pour le motif que des preuves réelles avaient été produites avant l'ajournement. L'arbitre a rejeté cet argument et a décidé que le paragraphe 35(3) du Règlement ne s'appliquait pas à la reprise d'une enquête en vertu du paragraphe 46(1) de la Loi. Il a donc continué son enquête et après être arrivé à la conclusion qu'il ne s'agissait pas d'un cas où il convenait d'émettre une ordonnance d'expulsion, il a émis l'avis d'interdiction de séjour attaqué par la présente demande fondée sur l'article 28.

L'avocat du requérant a soulevé plusieurs questions. J'estime qu'il suffit d'en examiner une seule: selon le paragraphe 35(3) du Règlement, le consentement du requérant était-il requis pour la reprise de l'enquête par un nouvel arbitre?

Les dispositions législatives pertinentes à cette question sont le paragraphe 35(3) du Règlement, le paragraphe 45(1) et l'article 46 de la Loi.

Le paragraphe 35(3) du Règlement se lit comme suit:

35. ...

(3) L'enquête ajournée selon la Loi ou le présent règlement peut, avec le consentement de la personne en cause ou lorsque aucune preuve réelle n'a été produite, être reprise par un arbitre autre que celui qui a présidé l'enquête ajournée¹.

Le paragraphe 45(1) et l'article 46 de la Loi contiennent les dispositions suivantes:

45. (1) Une enquête, au cours de laquelle la personne en cause revendique le statut de réfugié au sens de la Convention, doit être poursuivie. S'il est établi qu'à défaut de cette revendication, l'enquête aurait abouti à une ordonnance de renvoi ou à un avis d'interdiction de séjour, elle doit être ajournée et un agent d'immigration supérieur doit procéder à l'interrogatoire sous serment de la personne au sujet de sa revendication.

¹ Ce Règlement a été adopté en vertu de l'alinéa 115(1)q) de la Loi:

115. (1) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements q) établissant la procédure à suivre en matière d'enquête, indiquant ... les cas où une enquête ajournée peut être reprise par un autre arbitre que celui qui l'a commencée;

46. (1) Where a senior immigration officer is informed pursuant to subsection 45(5) that a person is not a Convention refugee, he shall, as soon as reasonably practicable, cause the inquiry concerning that person to be resumed by the adjudicator who was presiding at the inquiry or by any other adjudicator, but no inquiry shall be resumed in any case where the person makes an application to the Board pursuant to subsection 70(1) for a redetermination of his claim that he is a Convention refugee until such time as the Board informs the Minister of its decision with respect thereto.

(2) Where a person

(a) has been determined by the Minister not to be a Convention refugee and the time has expired within which an application for a redetermination under subsection 70(1) may be made, or

(b) has been determined by the Board not to be a Convention refugee,

the adjudicator who presides at the inquiry caused to be resumed pursuant to subsection (1) shall make the removal order or issue the departure notice that would have been made or issued but for that person's claim that he was a Convention refugee.

It is clear, in my opinion, that subsection 35(3) of the Regulations does not apply to the resumption of an inquiry pursuant to section 46 of the Act. If it did, the result would be that the Regulation would make illegal a course of conduct expressly authorized by the Act. This cannot be. A regulation made by the Governor in Council cannot amend the Act.

What is not so clear, however, is whether the inquiry here in question was resumed pursuant to section 46. If it was, it could be resumed before a different adjudicator without the applicant's consent (subsection 46(1)), but if it was not, a different adjudicator could not, without the applicant's consent, preside at the resumption of the inquiry (subsection 35(3) of the Regulations).

Subsection 46(2) describes the duty of the adjudicator at the resumption of an inquiry following an adjournment pursuant to subsection 45(1). That duty is neither to make an investigation nor to determine anything but, merely, to "make the order or to issue the departure notice that would have been made or issued" if the subject of the inquiry had not claimed to be a refugee. Subsection 46(2) does not require the adjudicator to do anything more than that because, in the usual

46. (1) L'agent d'immigration supérieur, informé conformément au paragraphe 45(5) que la personne en cause n'est pas un réfugié au sens de la Convention, doit faire reprendre l'enquête, dès que les circonstances le permettent, par l'arbitre qui en était chargé ou par un autre arbitre, à moins que la personne en cause ne demande à la Commission, en vertu du paragraphe 70(1), de réexaminer sa revendication; dans ce cas, l'enquête est ajournée jusqu'à ce que la Commission notifie sa décision au Ministre.

(2) L'arbitre chargé de poursuivre l'enquête en vertu du paragraphe (1), doit, comme si la revendication du statut de réfugié n'avait pas été formulée, prononcer le renvoi ou l'interdiction de séjour de la personne

a) à qui le Ministre n'a pas reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention, si le délai pour demander le réexamen de sa revendication prévu au paragraphe 70(1) est expiré; ou

b) à qui la Commission n'a pas reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention.

Il me paraît évident que le paragraphe 35(3) du Règlement ne peut s'appliquer à une enquête reprise en vertu de l'article 46 de la Loi. S'il s'appliquait, il en résulterait que ce Règlement rendrait illégal une manière de procéder que la Loi autorise expressément. Il ne peut en être ainsi. Un règlement adopté par le gouverneur en conseil ne peut avoir pour effet de modifier la Loi.

Cependant, il me paraît plus difficile de déterminer si l'enquête en question a été reprise en conformité avec l'article 46. Si c'est le cas, cette enquête pouvait être reprise devant un autre arbitre sans le consentement du requérant (paragraphe 46(1)), mais si ce n'est pas le cas, un autre arbitre ne pouvait reprendre cette enquête sans le consentement du requérant (paragraphe 35(3) du Règlement).

Le paragraphe 46(2) précise les devoirs d'un arbitre qui reprend une enquête ajournée en vertu du paragraphe 45(1). Il ne s'agit pas de faire une enquête ni de décider quoi que ce soit mais, simplement, de «prononcer l'ordonnance ou l'interdiction de séjour de la personne» comme si la personne visée par l'enquête n'avait pas revendiqué le statut de réfugié. Le paragraphe 46(2) n'exige pas de l'arbitre qu'il fasse autre chose parce que, la plupart du temps, c'est la seule chose qui reste à

course of events, that is all that remains to be done to conclude the inquiry. When subsection 45(1) is read with subsection 46(2) it clearly provides, in my view, that the adjudicator presiding at the commencement of the inquiry must, before adjourning, not only find that the allegations of the report made in respect of the subject of the inquiry are well founded, but also determine whether a removal order should be made or a departure notice issued.

If an adjudicator presiding over an inquiry during which a claim to refugee status is made, adjourns the inquiry prematurely without having made the determination required by subsection 45(1), the inquiry is not, strictly speaking, adjourned pursuant to subsection 45(1). And when that same inquiry is later resumed, its resumption is not governed by subsection 46(1) since the inquiry is not resumed for the sole purpose mentioned in subsection 46(2) but also for the purpose of making the determination that should normally have been made before the adjournment. It follows that in such a case, subsection 35(3) of the Regulations applies and the inquiry cannot, without the consent of the person concerned, be resumed by an adjudicator other than the adjudicator who presided at the commencement of the inquiry.

In the present case, it is common ground that the Adjudicator who commenced the inquiry adjourned it immediately after finding that the allegations of the section 27 report were well founded without determining whether a deportation order should be made or a departure notice be issued. The inquiry, therefore, could not, without the applicant's consent be resumed by a different adjudicator.

For these reasons, I would grant this application, set aside the decision under attack and refer the matter back to the appropriate senior immigration officer who shall cause the inquiry concerning the applicant to be resumed by the Adjudicator who commenced it or, if this is not possible, cause a new inquiry to be held.

* * *

URIE J. concurred.

* * *

VERCHERE D.J. concurred.

faire pour mettre fin à l'enquête. Si l'on rapproche le paragraphe 45(1) du paragraphe 46(2), il me paraît en ressortir clairement que l'arbitre qui a commencé l'enquête doit, avant de l'ajourner, non seulement conclure au bien-fondé des allégations contenues dans le rapport sur la personne visée par l'enquête mais décider également s'il convient de prononcer le renvoi ou l'interdiction de séjour de cette personne.

b

Si un arbitre commence une enquête au cours de laquelle la personne revendique le statut de réfugié et ajourne l'enquête sans avoir décidé ce qu'exige le paragraphe 45(1), l'enquête n'est pas véritablement ajournée en vertu du paragraphe 45(1). Et lorsque cette enquête est reprise par la suite, cette reprise n'est pas régie par le paragraphe 46(1) puisque l'enquête n'est pas reprise à la seule fin mentionnée au paragraphe 46(2) mais également dans le but d'arriver à la décision qui aurait dû normalement être prise avant l'ajournement. Par conséquent, dans un tel cas, le paragraphe 35(3) du Règlement s'applique et l'enquête ne peut être reprise par un arbitre différent de celui qui a commencé l'enquête, sans le consentement de la personne concernée.

En l'espèce, il est admis que l'arbitre qui a commencé l'enquête l'a ajournée dès qu'il a conclu que les allégations contenues dans le rapport préparé en vertu de l'article 27 étaient bien fondées, sans avoir décidé s'il convenait de prononcer l'expulsion ou l'interdiction de séjour de la personne. Par conséquent, cette enquête ne pouvait être reprise par un autre arbitre sans le consentement du requérant.

Par ces motifs, je suis d'avis d'accueillir cette requête, d'annuler la décision attaquée et de renvoyer cette affaire devant l'agent d'immigration supérieur approprié qui prendra les mesures voulues pour que l'enquête au sujet du requérant soit reprise par l'arbitre qui l'a commencée ou, si cela est impossible, pour qu'une nouvelle enquête soit instituée.

* * *

LE JUGE URIE y a souscrit.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT VERCHERE y a souscrit.