

A-571-89

A-571-89

**Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey, Glen Bohn and CKNW Radio (*Applicants*)**

v.

**Minister of Employment and Immigration; R. G. Smith, in his capacity as Adjudicator pursuant to the *Immigration Act (Canada)* and Charles Julius McVey (*Respondents*)**

INDEXED AS: *PACIFIC PRESS LTD. v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Desjardins J.J.A.—Vancouver, January 11; Ottawa, January 26, 1990.

*Immigration — Practice — S. 28 application to set aside Adjudicator's decision, under Immigration Act, s. 29(3), to hold inquiry in camera — S. 29(3) giving member of public opportunity to request permission to attend inquiry if establishes inquiry would not be impeded and no adverse effect for person investigated or family — Latter limitation odd as other persons could be prejudiced — Not appropriate, on present record, to make general declaration as to validity of s. 29(3) — Assertion of right to judicial or quasi-judicial proceeding founded on Charter, s. 2(b) must, of itself, inferentially satisfy slight burden imposed on "member of public" in s. 29(3) and shift onus onto person seeking to exclude press — Adjudicator erred in law in making order without evidence in support — Person seeking to exclude press ought to be afforded opportunity to present necessary supporting evidence under condition preventing its disclosure and publication — Application allowed.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of press — Immigration inquiry — S. 28 application to set aside Adjudicator's decision ordering in camera inquiry under Immigration Act, s. 29(3) — Not appropriate to make general declaration as to whether s. 29(3) invalid as inconsistent with Charter s. 2(b) — Matter not necessarily dealt with by Adjudicator and evidence could be adduced to support Charter s. 1 justification of in camera inquiries — Assertion of right to access to judicial or quasi-judicial proceeding founded on Charter s. 2(b) must, of itself, inferentially satisfy slight s. 29(3) burden imposed on member of public seeking access and shift onus onto person seeking to exclude press — Adjudicator erred in law in making order without supporting evidence — Application allowed.*

**Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey, Glen Bohn et CKNW Radio (*requérants*)**

a

c.

**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration; R. G. Smith, en sa qualité d'arbitre conformément à la *Loi sur l'immigration (Canada)* et Charles Julius McVey (*intimés*)**

RÉPERTORIÉ: *PACIFIC PRESS LTD. c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Desjardins, J.C.A.—Vancouver, 11 janvier; Ottawa, 26 janvier, 1990.

*Immigration — Pratique — Demande fondée sur l'art. 28 en vue d'infirmar la décision de l'arbitre rendue en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration de tenir une enquête à huis clos — L'art. 29(3) permet à un membre du public d'assister à l'enquête s'il démontre que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés — Cette dernière restriction est étrange compte tenu du fait que d'autres personnes pourraient être lésées — Compte tenu du dossier, il n'est pas approprié de rendre une déclaration générale quant à la validité de l'art. 29(3) — L'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'art. 2b) de la Charte doit en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau que doit acquitter le membre du public à l'art. 29(3) et imposer celui-ci à la personne qui demande l'exclusion de la presse — L'arbitre a commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance sans élément de preuve pour la justifier — La personne qui demande d'exclure la presse doit avoir la possibilité de présenter les éléments de preuve nécessaires dans des conditions qui empêcheront leur divulgation et leur publication — Demande accueillie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté de la presse — Enquête en matière d'immigration — Demande fondée sur l'art. 28 en vue d'infirmar la décision de l'arbitre ordonnant la tenue d'une enquête à huis clos en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration — Il n'est pas approprié de rendre une déclaration générale pour déterminer si l'art. 29(3) est invalide parce qu'incompatible avec l'art. 2b) de la Charte — La question n'a pas été nécessairement traitée par l'arbitre et des éléments de preuve pourraient être apportés à l'appui d'une justification de la tenue d'enquêtes à huis clos en vertu de l'art. 1 — L'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondée sur l'art. 2b) de la Charte doit en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau que doit acquitter le membre du public en vertu de l'art. 29(3) et imposer celui-ci à la personne qui demande l'exclusion de la presse — L'arbitre a commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance sans élément de preuve pour la justifier — Demande accueillie.*

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b). **a**

*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. 28. **b**

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 29(3) (as am. by R.S.C., 1985, (1st Supp.), c. 31, s. 99).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (Ont. C.A.).

## REFERRED TO:

*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

## COUNSEL:

*Roger D. McConchie* and *Patrick G. Foy* for applicants Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey and Glen Bohn. **e**

*Daniel W. Burnett* and *Christopher P. Weafer* for applicant CKNW Radio.

*Mary A. Humphries* for respondent Minister of Employment and Immigration. **f**

*Robert S. Anderson* for respondent Charles Julius McVey.

## SOLICITORS:

*Ladner Downs*, Vancouver, for applicants Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey and Glen Bohn. **g**

*Owen, Bird*, Vancouver, for applicant CKNW Radio.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of Employment and Immigration. **h**

*Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, Vancouver, for respondent Charles Julius McVey.

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

MAHONEY J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application seeks to set aside the decision of the respondent Adjudicator to

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie 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], art. 1, 2b).

*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. 28.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29(3) (mod. par L.R.C. (1985), (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99).

**c** JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (C.A. Ont.).

**d**

## DÉCISION CITÉE:

*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

## AVOCATS:

*Roger D. McConchie* et *Patrick G. Foy* pour les requérants Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey et Glen Bohn.

*Daniel W. Burnett* et *Christopher P. Weafer* pour la requérante CKNW Radio.

*Mary A. Humphries* pour l'intimé le ministre de l'Emploi et de l'Immigration.

*Robert S. Anderson* pour l'intimé Charles Julius McVey.

## PROCUREURS:

*Ladner Downs*, Vancouver, pour les requérants Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey et Glen Bohn.

*Owen, Bird*, Vancouver, pour la requérante CKNW Radio.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé le ministre de l'Emploi et de l'Immigration.

*Farris, Vaughan, Wills & Murphy*, Vancouver, pour l'intimé Charles Julius McVey.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Cette demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] a pour but d'infirmar la

conduct an inquiry under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, with respect to the respondent *McVey in camera*. The Adjudicator found his authority in subsection 29(3) [as am. by R.S.C., 1985, (1st Suppl.), c. 31, s. 99] of the Act.

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

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

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

The applicants seek a declaration, pursuant to 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] that subsection 29(3) is of no force and effect by reason of its inconsistency with their freedom under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

They also argue that the decision was not supported by the evidence. The Minister appeared only to support the validity of the legislation. The Adjudicator, entirely properly, did not appear. *McVey* supports both the validity of the legislation and the order and asks, further, that if the matter is referred back to the Adjudicator he be given the direction that, if requested by *McVey*, evidence and argument opposing the opening of the inquiry to the public be received *in camera*.

I do not consider it appropriate, on the present record, to make a general declaration as to the validity or otherwise of subsection 29(3) even

décision de l'arbitre intimé de tenir une enquête à huis clos en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, au sujet de l'intimé *McVey*. L'arbitre a fondé sa compétence sur le paragraphe 29(3) [mod. par L.R.C. (1985), (1<sup>er</sup> suppl.), chap. 31, art. 99] de la Loi.

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

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

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

Les requérants veulent obtenir une déclaration en conformité 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 le paragraphe 29(3) est inopérant en raison de son incompatibilité avec leur liberté prévue en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi de constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]].

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Ils prétendent également que la décision n'est pas étayée par la preuve. Le ministre a comparu seulement pour appuyer la validité de la Loi. L'arbitre a eu tout à fait raison de ne pas comparaître. *McVey* appuie tant la validité de la Loi que celle de l'ordonnance et demande en outre qu'on ordonne à l'arbitre, si l'affaire lui est renvoyée, qu'à la demande de *McVey* les éléments de preuve et les arguments contre la tenue en public de l'enquête soient entendus à huis clos.

Compte tenu du dossier, j'estime qu'il n'est pas approprié de rendre une déclaration générale quant à la validité du paragraphe 29(3) même si

though the Adjudicator did make such a finding. In the first place, having perused the transcript with care, I find no request to the Adjudicator to make the declaration he did. The inclusion of a request for such a declaration in the notice of motion initiating this section 28 application is not, in my opinion, a basis for us doing so when the question was not necessarily dealt with by the Adjudicator. In the second place, and notwithstanding the preeminence argued to have been accorded paragraph 2(b) by the Supreme Court of Canada in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, this Court ought not ignore its own experience in dealing with immigration matters. It is apparent to us that evidence could be made available in support of a section 1 justification of provision for *in camera* inquiries. We have been advised that judgment has been reserved by the Trial Division in an action for a declaration dealing with this issue in the case of a refugee claimant. Obviously, the less said by this Court at the moment, the better. It has been suggested that if we fail to deal with it and the matter is returned to the Adjudicator it may only be a matter of time until the issue is unavoidably before us again. That may be but, if it is, it may be back with a body of section 1 evidence.

Subsection 29(3) does give the Adjudicator a discretion. It places on a member of the public, interested in doing so, the onus of establishing two negatives: that the conduct of the inquiry in public would not impede it and that neither the person concerned nor any member of that person's family would be thereby adversely affected. The latter limitation is odd. What, for example of the prison guard, policeman or soldier who, through friendship, bribery or sympathy, has facilitated a refugee claimant's escape and what of resident foreigners, perhaps missionaries or business people, willing to testify only if their opportunity to return is not prejudiced?

It may be arguable that the onus is misplaced. Again, I think it best, in the circumstances, not to express a concluded opinion on that aspect of the

l'arbitre s'est prononcé en faveur de sa validité. Premièrement, après avoir soigneusement lu la transcription, je conclus qu'aucune demande n'a été présentée à l'arbitre pour qu'il rende cette déclaration. L'inclusion d'une telle demande dans l'avis introductif d'instance en vertu de l'article 28 ne nous justifie pas, à mon avis, de rendre une telle déclaration lorsque l'arbitre n'en a pas nécessairement traité. Deuxièmement, et sans égard à la prééminence que l'on prétend avoir été accordée à l'alinéa 2b) par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, cette Cour ne peut ignorer sa propre jurisprudence dans l'examen des questions d'immigration. Il nous paraît évident que des éléments de preuve pourraient être apportés à l'appui d'une justification de la disposition relative à la tenue d'enquêtes à huis clos en vertu de l'article premier. Nous avons été avisé que la Section de première instance a mis en délibéré sa décision dans une action en déclaration portant sur cette question dans le cas d'un revendicateur du statut de réfugié. Il est évidemment préférable que cette Cour intervienne le moins possible à cette étape-ci. On a laissé entendre que si nous n'examinions pas cette demande et si l'affaire était renvoyée à l'arbitre, ce ne serait peut-être qu'une question de temps avant que l'affaire se retrouve inévitablement devant nous. Cela se peut mais, le cas échéant, l'affaire comportera alors un dossier d'éléments de preuve fondés sur l'article premier.

Le paragraphe 29(3) confère à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire. Il impose au membre du public intéressé le fardeau d'établir deux conditions négatives: que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés. Cette dernière restriction est étrange. Qu'en est-il par exemple du gardien de prison, du policier ou du soldat qui par amitié, corruption ou sympathie a facilité la fuite d'un revendicateur du statut de réfugié, et qu'en est-il des résidents étrangers, peut-être des missionnaires ou des gens d'affaires, qui n'acceptent de témoigner que si leur possibilité de retour n'est pas compromise?

On peut prétendre que le fardeau est mal placé. Encore une fois, je pense qu'il est préférable dans les circonstances de ne pas exprimer une opinion

provision. The practical consequence seems not, in my view of the question, to be particularly significant since the standard properly to have been applied by the Adjudicator was as stated by Aylesworth, J.A., in *R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (Ont. C.A.), at page 498 D.L.R.:

Where, however, the onus lies upon the Crown to prove a negative as an element of the charge, little proof will often suffice. Such proof often must be drawn by inference from other proven facts.

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

The Adjudicator did not take that approach. Rather he held:

I am satisfied therefore that the onus of satisfying the adjudicator under subsection 29(3) of the Immigration Act lies with the applicant and, further, that it is not incumbent upon the person concerned's counsel to submit evidence per se but that any submissions may still be considered.

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

The problem faced by the Adjudicator arose directly out of his refusal to conduct *in camera* the

définitive sur cet aspect de la disposition. Compte tenu de ma façon d'aborder la question, j'estime que les conséquences pratiques ne sont pas particulièrement importantes puisque la norme que l'arbitre a correctement appliquée est celle formulée par le juge Aylesworth de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (C.A. Ont.), à la page 498 D.L.R.:

[TRADUCTION] Cependant, lorsque la Couronne a le fardeau d'établir une condition négative comme élément de l'accusation, il suffit souvent que peu d'éléments de preuve soient apportés. Ces éléments de preuve doivent souvent être déduits des autres faits prouvés.

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

L'arbitre n'a pas retenu cette façon de faire. Au contraire, il a conclu:

[TRADUCTION] Je suis donc convaincu que le fardeau de convaincre l'arbitre en vertu du paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* incombe au requérant et, de plus, qu'il n'appartient pas à l'avocat de l'intéressé de produire des éléments de preuve indépendants en soi mais que tout argument peut encore être examiné.

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

Le problème de l'arbitre découlait directement de son refus de tenir l'enquête à huis clos à la suite

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

I would allow this section 28 application, set aside the decision of the Adjudicator to hold the inquiry *in camera* and remit the matter to him for reconsideration on a basis not inconsistent with these reasons.

HEALD J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

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

J'accueillerais cette demande fondée sur l'article 28, j'infirmes la décision de l'arbitre de tenir l'enquête à huis clos et je lui renverrais l'affaire pour qu'elle soit examinée à nouveau en conformité avec ces motifs.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris aux motifs.