

A-535-91

**The Minister of Employment and Immigration
(Applicant)**

v.

Pak Fai Chung (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. CHUNG (C.A.)

Court of Appeal, MacGuigan, Linden and Robertson J.J.A.—Toronto, November 24; Ottawa, December 21, 1992.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — S. 28 application to set aside adjudicator's decision to reopen inquiry under Immigration Act, s. 35(1) — Respondent denied fair opportunity at first inquiry to indicate intention to claim refugee status — Reopening permitted under Charter, s. 7 — Adjudicator having jurisdiction under s. 35(1) to reopen hearing to cure Charter violation — Respondent not required to notify Crown of request to reopen inquiry — Adjudicator's refusal to grant Crown substantial adjournment to challenge jurisdiction not violating natural justice principles — Recommencement of hearing not causing prejudice to either party.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Adjudicator's jurisdiction to reopen hearing under Immigration Act, s. 35(1) — Reopening permitted under Charter, s. 7 — S. 35(1) should be interpreted to embody Charter values — Evidence of Charter violation within "additional evidence or testimony" for s. 35(1) purposes.

Practice — Res judicata — Whether requirements for issue estoppel met — Proceedings involving same parties — Proceedings said to give rise to estoppel final — Whether same question decided — Judgment under R. 495(1)(b) for failure to appear similar to judgment for want of prosecution — Court having dismissed respondent's application under R. 1733 without addressing merits — Respondent not estopped from alleging Charter infringement before adjudicator in application to reopen immigration inquiry.

This was a section 28 application to set aside an adjudicator's decision to reopen the original inquiry which he had conducted under subsection 35(1) of the *Immigration Act*. After his arrival from China in February 1988, the respondent appeared before an adjudicator who had to determine whether he was admissible. Following this initial inquiry, the Adjudica-

A-535-91

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

a c.

Pak Fai Chung (intimé)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) c. CHUNG (C.A.)

Cour d'appel, juges MacGuigan, Linden et Robertson, J.C.A.—Toronto, 24 novembre; Ottawa, 21 décembre 1992.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Demande fondée sur l'art. 28 visant l'annulation de la décision par laquelle l'arbitre décidait de rouvrir l'enquête prévue à l'art. 35(1) de la Loi sur l'immigration — L'intimé n'a pas eu la juste possibilité à l'enquête initiale d'exprimer son intention de revendiquer le statut de réfugié — La réouverture est permise en vertu de l'art. 7 de la Charte — L'art. 35(1) donne le droit à l'arbitre de reprendre l'audience pour remédier à une violation de la Charte — L'intimé n'est pas tenu d'aviser la Couronne de la demande de réouverture de l'enquête — Le refus de l'arbitre d'accorder à la Couronne un ajournement prolongé pour contester sa compétence ne viole pas les principes de justice naturelle — Le recommencement de l'enquête ne cause de préjudice à aucune des parties.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Compétence de l'arbitre pour rouvrir l'enquête en vertu de l'art. 35(1) de la Loi sur l'immigration — L'art. 7 de la Charte permet la réouverture — L'art. 35(1) doit être interprété d'une manière qui incorpore les valeurs de la Charte — Les éléments de preuve concernant une violation de la Charte devraient être assimilés à de «nouveaux témoignages et autres éléments de preuve» pour l'application de l'art. 35(1).

Pratique — Res judicata — Les conditions de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige sont-elles remplies? — Les instances mettent en cause les mêmes parties — L'acte de procédure qui est censé créer l'irrecevabilité est définitif — La même question a-t-elle été décidée? — Le jugement rendu en vertu de la Règle 495(1)(b) pour défaut de comparaître est semblable au jugement pour défaut de poursuivre — La Cour a rejeté la demande présentée par l'intimé en vertu de la Règle 1733 sans statuer au fond sur la requête — Rien n'empêchait l'intimé d'alléguer la violation de la Charte devant l'arbitre dans le cadre de sa demande de réouverture de l'enquête.

Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 28 visant l'annulation de la décision d'un arbitre de rouvrir, en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'enquête initiale à laquelle il avait procédé. Après son arrivée en provenance de Chine en février 1988, l'intimé a comparu devant un arbitre qui devait décider de son admissibilité. À la suite de cette

tor ordered his exclusion from Canada. The respondent's section 28 application to have the exclusion order set aside was dismissed for failure to appear and his motion for an order setting aside that decision was also dismissed. Meanwhile, the respondent wrote the same Adjudicator seeking to have the original inquiry reopened under subsection 35(1) but did not notify the Crown of this application. Having concluded that the respondent had been denied a fair opportunity to claim refugee status, the Adjudicator agreed to reopen the inquiry pursuant to subsection 35(1). He relied on subsection 43(1) of the Act which requires the adjudicator to give a person an opportunity to indicate his intention to claim refugee status. The main issue was whether the Adjudicator had jurisdiction to reopen the original inquiry.

Held, the application should be dismissed.

Adjudicator's jurisdiction to reopen a hearing derives exclusively from subsection 35(1) of the *Immigration Act*; a number of decisions of the F.C.A., in particular *Gray v. Fortier*, have strictly interpreted the scope of that provision. However, since that decision, the Court has permitted adjudicators to reopen inquiries on the basis of section 7 of the Charter. In addition, the Supreme Court of Canada, in two recent judgments, has made it clear that subsection 35(1) of the Act should be interpreted so as to embody Charter values. Accordingly, evidence of a Charter violation should be encompassed within the meaning of "additional evidence or testimony" for the purposes of that subsection. Moreover, the word "decision" in that same subsection should be interpreted such that an adjudicator might cure a Charter violation that has occurred at an inquiry. Therefore, the Adjudicator had jurisdiction, under subsection 35(1), to reopen the inquiry he had himself conducted earlier in order to receive additional evidence to the effect that the applicant had been unable to understand what was taking place at the inquiry and was thus effectively denied a fair opportunity to claim refugee status.

Nothing in the *Immigration Act* or *Immigration Regulations* requires an applicant to give the opposing party notice of his request to reopen the original inquiry. The Crown had an opportunity to seek judicial review of the decision to reopen the hearing or to challenge the respondent's evidence, but failed to do so. As a result, the latter was not required to give notice to the Crown upon submitting an application to have his hearing reopened. In refusing to grant a substantial adjournment at the start of the reopened hearing to enable the Crown to challenge his jurisdiction, the Adjudicator exercised his discretion judicially and was not influenced by irrelevant considerations. That the case presenting officer was given the file only the day before the hearing was not determinative. The Minister had three months' notice to prepare for the reopened hearing. There was no violation of subsection 46(3) of the *Immigration Act* since a "reasonable opportunity" was offered to the Crown to present evidence, cross-examine witnesses and make representations. Although the transitional provisions are silent as to procedure when an inquiry is reopened under sub-

enquête initiale, l'arbitre a ordonné son exclusion du Canada. La demande de l'intimé fondée sur l'article 28, visant l'annulation de la mesure d'exclusion, a été rejetée pour défaut de comparaître, et sa requête visant à obtenir une ordonnance annulant cette décision a aussi été rejetée. Entre-temps, l'intimé a écrit au même arbitre pour demander la réouverture de l'enquête initiale en vertu du paragraphe 35(1), sans toutefois aviser la Couronne de sa demande. Ayant conclu que l'intimé n'avait pas eu la possibilité raisonnable de revendiquer le statut de réfugié, l'arbitre a accepté de rouvrir l'enquête en application du paragraphe 35(1). Il s'est appuyé sur le paragraphe 43(1) de la Loi qui exige que l'arbitre donne à l'intéressé la possibilité de faire savoir s'il revendique le statut de réfugié. La principale question en litige consistait à savoir si l'arbitre avait la compétence nécessaire pour rouvrir l'enquête initiale.

Arrêt: la demande doit être rejetée.

La compétence de l'arbitre pour rouvrir une enquête découle exclusivement du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*; certaines décisions de la C.A.F., en particulier l'arrêt *Gray c. Fortier*, ont donné une interprétation restrictive à la portée de cette disposition. Toutefois, depuis cette décision, la Cour a autorisé les arbitres à rouvrir les enquêtes sur le fondement de l'article 7 de la Charte. De plus, la Cour suprême du Canada, dans deux récents jugements, a dit clairement que le paragraphe 35(1) de la Loi doit s'interpréter d'une manière qui incorpore la Charte. Conséquemment, les éléments de preuve concernant une violation de la Charte devraient être assimilés à de «nouveaux témoignages et . . . autres éléments de preuve» pour l'application de ce paragraphe. En outre, le mot «décision», au même paragraphe, devrait être interprété de manière à permettre à l'arbitre de remédier à une violation de la Charte survenue au cours de l'enquête. En conséquence, le paragraphe 35(1) habilite l'arbitre à rouvrir l'enquête qu'il avait déjà menée lui-même afin de recevoir d'autres éléments de preuve démontrant que le requérant n'était pas en mesure de comprendre ce qui se passait à l'enquête, et qu'on ne lui avait par conséquent pas donné la possibilité de revendiquer le statut de réfugié.

Rien dans la *Loi sur l'immigration* ni dans le *Règlement sur l'immigration* n'exige que le requérant avise la partie adverse de sa demande de réouverture de l'enquête initiale. La Couronne avait la possibilité de solliciter le contrôle judiciaire de la décision de rouvrir l'enquête ou de contester le témoignage de l'intimé, mais elle n'en a rien fait. Par conséquent, ce dernier n'était pas tenu d'aviser la Couronne lorsqu'il a présenté sa demande de réouverture de l'enquête. En refusant d'accorder un ajournement prolongé au début de l'enquête ouverte pour permettre à la Couronne de contester sa compétence, l'arbitre a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire, sans être influencé par des considérations non pertinentes. Le fait que l'on ait remis le dossier à l'agent chargé de présenter les cas seulement la veille de l'audience ne saurait être déterminant. Le ministre a été avisé trois mois à l'avance de se préparer pour l'audience ouverte. Il n'y a pas eu violation du paragraphe 46(3) de la *Loi sur l'immigration*, puisqu'on a donné à la Couronne la «possibilité» de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des

section 35(1), they indicate that such inquiries shall be dealt with under the new scheme by having the refugee claims referred to an adjudicator and a member of the Refugee Division. Therefore, the Adjudicator was correct, following the reopening of the inquiry, to convene a credible basis hearing with a representative of the Refugee Division. The recommencement of the hearing cannot be said to have prejudiced the parties in any way; it was the only sensible way to proceed.

As to whether the doctrine of *res judicata* applies against the respondent, two of the requirements for issue estoppel were met in that (1) the proceedings in question involved the same parties and (2) the proceedings in the F.C.A., said to give rise to the estoppel, were final. The remaining question was whether the same question as was addressed in the respondent's application to the Adjudicator to reopen the hearing had been decided in either of the proceedings before the F.C.A. In the first proceeding, the respondent's section 28 application was dismissed under R. 495(1)(b) because he failed to appear for the hearing. Since a judgment based on want of prosecution cannot support issue estoppel and a dismissal under R. 495(1)(b) must be viewed in the same light as a judgment for want of prosecution, the section 28 application dismissed under R. 495(1)(b) cannot give rise to issue estoppel. The Court had dismissed the respondent's application under R. 1733 without addressing the merits and without considering directly the Charter infringement issue. Therefore, the respondent was not estopped from invoking that issue before the Adjudicator in the application to reopen the hearing; the matter was not *res judicata*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Immigration Act and to amend other Acts in consequence thereof*, Transitional Provisions, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, ss. 42, 43. h
- 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], s. 7.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1). i
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 432, 433 (as am. by SOR/79-57, s. 11), 434 (as am. *idem*, s. 12), 438.1 (as enacted by SOR/90-846, s. 12), 439(4) (as enacted *idem*, s. 13), 440, 495, 1733. j

observations. Bien que les dispositions transitoires soient muettes sur la façon de procéder lorsqu'une enquête est rouverte en vertu du paragraphe 35(1), elles précisent que ce genre d'enquête est régi par le nouveau régime et que les revendications du statut de réfugié sont déferées à un arbitre et à un membre de la section du statut de réfugié. Par conséquent, l'arbitre a eu raison, à la suite de la réouverture de l'enquête, de tenir une audience sur le minimum de fondement avec un représentant de la section du statut. On ne saurait prétendre que les parties ont été lésées parce que l'enquête a recommencé; c'était la seule façon sensée d'agir. b

Quant à savoir si le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique à l'intimé, deux des conditions nécessaires à l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (*issue estoppel*) sont remplies: 1) les procédures en question mettent en cause les mêmes parties et 2) l'instance introduite devant la C.A.F., qui est censée créer l'irrecevabilité, est définitive. La question restante consiste à savoir si la même question que celle qui a été abordée dans la requête de l'intimé à l'arbitre, en vue de faire rouvrir l'audience, a été décidée dans l'une ou l'autre des instances introduites devant la C.A.F. Dans la première instance, la requête fondée sur l'article 28, présentée par l'intimé, a été rejetée en vertu de la Règle 495(1)(b) parce qu'il n'a pas comparu à l'audience. Puisqu'on ne peut s'appuyer sur un jugement fondé sur un défaut de poursuite pour invoquer une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige, et que le rejet ordonné en vertu de la Règle 495(1)(b) doit être considéré sous le même angle qu'un jugement pour défaut de poursuivre, la requête présentée en vertu de l'article 28, qui a été rejetée en vertu de la Règle 495(1)(b), ne peut donner lieu à une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige. La Cour a rejeté la demande présentée par l'intimé en vertu de la Règle 1733 sans avoir statué sur le fond et sans avoir étudié directement la question de la violation de la Charte. Par conséquent, rien n'empêchait l'intimé d'alléguer cette question devant l'arbitre dans le cadre de sa demande de réouverture; la question n'était pas chose jugée. c

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, dispositions transitoires, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 42, 43.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 35(1), (2), 43(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14), 46(3) (mod., *idem*), 112e, 114(1).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 35(1),(2), 43(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 46(3) (as am. *idem*), 112(e), 114(1).

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 45.

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 35(4) (as am. by SOR/88-180, s. 6), 35(6) (as enacted by SOR/89-38, s. 13), 39.

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 45.

Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(4) (mod. par DORS/88-180, art. 6), 35(6) (édicte par DORS/89-38, art. 13), 39.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 432, 433 (mod. par DORS/79-57, art. 11), 434 (mod., *idem*, art. 12), 438.1 (édicte par DORS/90-846, art. 12), 439(4) (édicte, *idem*, art. 13), 440, 495, 1733.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86.

APPLIED:

Gray v. Fortier, [1985] 2 F.C. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.); *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; [1966] 2 All. E.R. 536 (H.L.).

REFERRED TO:

Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Ihunwo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (F.C.A.); *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194; 129 N.R. 229 (C.A.); *Mattia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (T.D.); *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 D.T.C. 6278; 2 N.R. 397; *Hill v. Hill* (1966), 57 D.L.R. (2d) 760; 56 W.W.R. 260 (B.C.C.A.); *Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 300 (P.C.); *Lutz v. Pyke* (1977), 36 N.S.R. (2d) 420; 76 D.L.R. (3d) 152; 64 A.P.R. 420; 3 C.P.C. 172 (Co. Ct.); *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; (1991), 78 D.L.R. (4th) 666; 39 Q.A.C. 81; 123 N.R. 1; *Byrne v. Frere* (1828), 2 Mol. 157 (Ir. Ch.); *Magnus v. National Bank of Scotland* (1888), 57 L.J.Ch. 902; *Mayzel v. Sturm, Lipton, Lipton & Trinity Apartments Ltd.* (1957), 10 D.L.R. (2d) 642; [1957] O.W.N. 240 (Ont. H.C.); *Pople v. Evans*, [1968] 2 All E.R. 743 (Ch.D.); *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189; (1986), 27 D.L.R. (4th) 617 (C.A.); *Rostamian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 49; 129 N.R. 394

b JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; (1988), 48 D.L.R. (4th) 193; 88 CLLC 14,011; 84 N.R. 86.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Gray c. Fortier, [1985] 2 C.F. 525; (1985), 21 D.L.R. (4th) 14; 61 N.R. 197 (C.A.); *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.); *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853; [1966] 2 All. E.R. 536 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 3 C.F. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.); *Ihunwo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (C.A.F.); *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194; 129 N.R. 229 (C.A.); *Mattia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 492; (1987), 10 F.T.R. 170 (1^{re} inst); *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581; (1991), 85 D.L.R. (4th) 166 (C.A.); *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 D.T.C. 6278; 2 N.R. 397; *Hill v. Hill* (1966), 57 D.L.R. (2d) 760; 56 W.W.R. 260 (C.A.C.-B.); *Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 300 (P.C.); *Lutz v. Pyke* (1977), 36 N.S.R. (2d) 420; 76 D.L.R. (3d) 152; 64 A.P.R. 420; 3 C.P.C. 172 (Co. Ct.); *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; (1991), 78 D.L.R. (4th) 666; 39 C.A.Q. 81; 123 N.R. 1; *Byrne v. Frere* (1828), 2 Mol. 157 (Ir. Ch.); *Magnus v. National Bank of Scotland* (1888), 57 L.J.Ch. 902; *Mayzel v. Sturm, Lipton, Lipton & Trinity Apartments Ltd.* (1957), 10 D.L.R. (2d) 642; [1957] O.W.N. 240 (H.C. Ont.); *Pople v. Evans*, [1968] 2 All E.R. 743 (Ch.D.); *Saywack c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189; (1986), 27 D.L.R. (4th) 617 (C.A.); *Rostamian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 49; 129 N.R. 394

(F.C.A.); *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*, [1893] A.C. 518 (P.C.).

APPLICATION to set aside the decision of an adjudicator under subsection 35(1) of the *Immigration Act* to reopen an inquiry which he had previously conducted. Application dismissed.

COUNSEL:

Bonnie J. Boucher for applicant.
H. J. Yehuda Levinson for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
H. J. Yehuda Levinson, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.: The main issue in this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application is whether an adjudicator had the jurisdiction to reopen an inquiry which he had conducted, pursuant to subsection 35(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. There are other issues raised as well which will be dealt with in due course.

THE FACTS

Pak Fai Chung, a citizen of the People's Republic of China, entered Canada in February, 1988. In accordance with the scheme then in force under the *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, Mr. Chung was brought before an adjudicator to determine whether he was admissible to Canada. During the course of that inquiry, the Adjudicator asked Mr. Chung several questions relating to the right to counsel and concerning a possible claim of Convention refugee status. Mr. Chung's answers, given through an interpreter, indicated some confusion as to the nature of the process.

At the beginning of the inquiry, the Adjudicator asked Mr. Chung if he wanted to be represented by counsel. After initially stating that he would like representation, Mr. Chung subsequently indicated that he did not want to be represented by counsel. As a

(C.A.F.); *Attorney General for Trinidad and Tobago c. Eriché*, [1893] A.C. 518 (P.C.).

DEMANDE d'annulation de la décision par laquelle un arbitre a décidé, en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*, de rouvrir une enquête qu'il avait déjà menée. Demande rejetée.

AVOCATS:

Bonnie J. Boucher pour le requérant.
H. J. Yehuda Levinson pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
H. J. Yehuda Levinson, Toronto, pour l'intimé.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La principale question en litige dans la présente requête fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7] est celle de savoir si un arbitre a, en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], le pouvoir de rouvrir une enquête qu'il a déjà menée. Nous examinerons en temps utile d'autres points litigieux qui ont également été soulevés.

LES FAITS

Pak Fai Chung, un citoyen de la République populaire de Chine, est entré au Canada en février 1988. Conformément au régime qui était alors en vigueur aux termes de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, M. Chung a comparu devant un arbitre chargé de déterminer s'il pouvait être admis au Canada. Au cours de cette enquête, l'arbitre a posé à M. Chung plusieurs questions portant sur le droit à l'assistance d'un avocat et concernant une éventuelle revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Les réponses que M. Chung a données par le truchement d'un interprète indiquent qu'une certaine confusion régnait dans l'esprit de M. Chung au sujet de la nature de la procédure.

À l'ouverture de l'enquête, l'arbitre a demandé à M. Chung s'il voulait se faire représenter par un avocat. Après avoir d'abord répondu par l'affirmative, M. Chung a par la suite déclaré qu'il ne voulait pas être représenté par un avocat. Par conséquent, l'en-

result, the inquiry proceeded without Mr. Chung's having the benefit of counsel. Next, the Adjudicator asked Mr. Chung specific questions to ascertain whether he feared persecution under one of the prescribed grounds. Mr. Chung's answers indicated that he did not want to return to China for economic reasons and that he did not fear persecution. By way of example, one representative statement offered by Mr. Chung was "It's hard to find a job and hard to make money [in China]". Some answers suggested that he did not understand the purpose of the inquiry and that there were problems with the interpreting. Parts of the exchange indicate that Mr. Chung was confused. At no time did Mr. Chung ask to apply for refugee status. Following this initial inquiry, the Adjudicator ordered Mr. Chung excluded from Canada.

With the help of an immigration consultant, Mr. Chung commenced an application in July, 1988 under section 28 of the *Federal Court Act* to have the exclusion order reviewed and set aside. Mr. Chung believed, apparently erroneously, that this immigration consultant was representing him in these proceedings. Mr. Chung never received notice of the date on which his section 28 application was set down for hearing because he had changed his address. As a result, the application was dismissed by the Federal Court of Appeal *in absentia* on August 22, 1989.

In January, 1990, Mr. Chung consulted a lawyer and found out that his application had been dismissed by this Court. In April of that year, Mr. Chung applied to this Court seeking to set aside that order. In support of his application, Mr. Chung claimed that he entered Canada with the intention of making a claim to Convention refugee status but, on the advice of friends, did not retain counsel to represent him at the inquiry. Without the guidance of counsel, however, he was unable to appreciate the nature of the proceeding. He also contended that he had difficulty explaining to the interpreter the reasons why he did not wish to return to China. On June 15, 1990, this Court dismissed his motion for an order setting aside the August 22, 1989 judgment of this Court dismissing his section 28 application.

quête s'est déroulée sans que M. Chung bénéficie de l'assistance d'un avocat. L'arbitre a ensuite posé à M. Chung des questions précises pour vérifier s'il craignait d'être persécuté pour l'un des motifs prévus. Il ressort des réponses de M. Chung que celui-ci ne voulait pas retourner en Chine pour des raisons d'ordre économique et qu'il ne craignait pas d'y être persécuté. À titre d'exemple, voici l'une des affirmations formulées par M. Chung: [TRADUCTION] «Il est difficile de se trouver du travail et de faire de l'argent [en Chine]». Certaines réponses donnent à penser que M. Chung ne comprenait pas le but de l'enquête et qu'il y avait des problèmes d'interprétation. Certaines parties de l'entretien révèlent que M. Chung était désorienté. Il n'a jamais demandé de revendiquer le statut de réfugié. À la suite de cette enquête initiale, l'arbitre a ordonné l'exclusion de M. Chung du Canada.

Avec l'aide d'un expert-conseil en immigration, M. Chung a présenté en juillet 1988 une requête fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* en vue de faire réviser et annuler l'ordonnance d'exclusion. M. Chung croyait, vraisemblablement à tort, que cet expert-conseil en immigration le représentait dans le cadre de l'instance en question. M. Chung n'a jamais été avisé de la date à laquelle l'audition de sa requête fondée sur l'article 28 avait été fixée parce qu'il avait changé d'adresse. Par conséquent, la requête a été rejetée *in absentia* par la Cour d'appel fédérale le 22 août 1989.

En janvier 1990, M. Chung a consulté un avocat et a découvert que sa requête avait été rejetée par notre Cour. En avril de la même année, M. Chung a présentée une requête devant notre Cour pour faire annuler l'ordonnance en question. Au soutien de sa requête, M. Chung a prétendu qu'il était entré au Canada dans l'intention de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention mais que, sur le conseil d'amis, il n'avait pas retenu les services d'un avocat pour le représenter à l'enquête. Toutefois, ne bénéficiant pas des conseils d'un avocat, il n'était pas en mesure de comprendre la nature de la procédure. Il a également prétendu qu'il avait eu de la difficulté à expliquer à l'interprète les raisons pour lesquelles il ne désirait pas retourner en Chine. Le 15 juin 1990, la Cour a rejeté sa requête en annulation du jugement du 22 août 1989 par lequel la Cour avait rejeté sa requête fondée sur l'article 28.

On June 4, 1990, eleven days before this Court dismissed his motion to set aside, Mr. Chung wrote the same Adjudicator who had heard the original inquiry to request that that inquiry be reopened pursuant to subsection 35(1). Mr. Chung did not notify the Crown of his application to reopen the hearing; nevertheless, the Adjudicator considered Mr. Chung's application. In deciding whether to reopen the inquiry, the Adjudicator relied in part, although not exclusively, on the affidavit evidence of Mr. Chung. The Adjudicator, concerning the inquiry that he had himself conducted earlier, determined that:

Mr. Chung was confused and incompletely informed at his inquiry and was beseeching the adjudicator to say something or ask something to initiate the refugee determination process and this was not done. For this reason and because of the following, I believe Mr. Chung is entitled to a reopening.

The Adjudicator concluded that, during the inquiry he had previously conducted, Mr. Chung was "effectively deprived of the ability to make a free, informed and independent decision requesting a refugee claim". As a result, citing jurisprudence of this Court, the Adjudicator agreed to reopen the inquiry pursuant to subsection 35(1).

To buttress this determination, the Adjudicator referred to subsection 43(1) of the new *Immigration Act* [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] which provides:

43.(1) Before any substantive evidence is given at an inquiry, the adjudicator shall give the person who is the subject of the inquiry an opportunity to indicate whether or not the person claims to be a Convention refugee.

Although that subsection was not in force at the time of the original inquiry, the Adjudicator relied on subsection 43(1) as an indication of the importance of ensuring that potential claimants are provided with an opportunity to claim Convention refugee status. Under the current *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 as amended, the Adjudicator is specifically required by subsection 43(1) to give a person an opportunity to indicate whether or not the person claims to be a Convention refugee. In fact, the routine procedure calls for the Adjudicator to explain the refugee determination process to the claimant and then to explicitly ask the claimant whether he or she is going to make a Convention refugee claim. Under the *Immigration Act, 1976*, which was in force when Mr.

Le 4 juin 1990, onze jours avant que notre Cour ne rejette sa requête en annulation, M. Chung a écrit au même arbitre qui avait mené l'enquête initiale pour lui demander de rouvrir l'enquête en vertu du paragraphe 35(1). M. Chung n'a pas avisé la Couronne de sa demande de réouverture de l'enquête; l'arbitre a quand même examiné la demande de M. Chung. Pour décider s'il y avait lieu de rouvrir l'enquête, l'arbitre s'est fondé en partie—mais pas exclusivement—sur la preuve par affidavit de M. Chung. Au sujet de l'enquête qu'il avait lui-même menée plus tôt, l'arbitre a conclu que:

[TRADUCTION] M. Chung était désorienté et insuffisamment informé lors de son enquête et il suppliait l'arbitre de dire quelque chose ou de lui demander quelque chose pour mettre en branle le processus de reconnaissance du statut de réfugié, ce qui n'a pas été fait. Pour cette raison, et à cause de ce qui suit, j'estime que M. Chung a droit à une réouverture.

L'arbitre a conclu qu'au cours de l'enquête qu'il avait déjà menée, M. Chung avait été [TRADUCTION] «effectivement privé de la possibilité de prendre une décision libre et éclairée relativement à la revendication du statut de réfugié». En conséquence, citant la jurisprudence de notre Cour, l'arbitre a accepté de rouvrir l'enquête en vertu du paragraphe 35(1).

Pour étayer cette décision, l'arbitre a cité le paragraphe 43(1) de la nouvelle *Loi sur l'immigration* [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14], qui dispose:

43.(1) Avant que ne soient présentés des éléments de preuve au fond, l'arbitre donne à la personne qui fait l'objet de l'enquête la possibilité de faire savoir si elle revendique le statut de réfugié au sens de la Convention.

Même s'il n'était pas en vigueur au moment de l'enquête initiale, le paragraphe 43(1) a été invoqué par l'arbitre pour démontrer qu'il est important de s'assurer que l'on donne aux demandeurs éventuels de statut la possibilité de revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. Sous le régime de l'actuelle *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. 1-2, modifiée, l'arbitre est expressément tenu, aux termes du paragraphe 43(1), de donner à l'intéressé la possibilité de faire savoir s'il revendique le statut de réfugié au sens de la Convention. En fait, selon la procédure d'usage, l'arbitre doit expliquer le processus de reconnaissance du statut de réfugié à la personne concernée et lui demander ensuite explicitement si elle a l'intention de revendiquer le statut de réfugié au sens

Chung appeared before the Adjudicator, however, the onus was on the person concerned to make a refugee claim without any requirement of being asked by the Adjudicator whether he or she wished to do so. The Adjudicator viewed this amendment to the procedure for receiving a refugee claim as evidence that potential claimants should be afforded a genuine opportunity to claim refugee status.

When the reopened hearing was convened, the case presenting officer, who had been assigned the file by his superiors only the day before the hearing, even though they had received it three months earlier, requested an adjournment in order to prepare a challenge to the Adjudicator's authority to reopen the hearing. The Adjudicator declined to adjourn the proceedings, because there was no adequate explanation for the Crown's inability to proceed. The Adjudicator observed that the Crown had had three months to prepare the matter and that a substantial adjournment would therefore be inappropriate. The Adjudicator offered to adjourn the matter for fifty minutes in order to allow the case presenting officer some time to prepare submissions. That offer was refused by the case presenting officer.

After dealing with the Crown's request for a substantial adjournment, the Adjudicator proceeded with a brief inquiry, after which he determined that Mr. Chung was a person eligible to enter Canada. Following the procedures stipulated in the *Immigration Act*, the Adjudicator then convened a credible basis hearing along with a member of the Convention Refugee Determination Division. At the credible basis hearing, the Adjudicator and the Convention Refugee Determination Division member both ruled that Mr. Chung had a credible basis for a Convention refugee claim. As required under the Act, Mr. Chung's claim was forwarded to the Convention Refugee Determination Division for a second level hearing.

Subsequently, the Minister of Employment and Immigration launched this section 28 application contesting the Adjudicator's decision to reopen the original inquiry as well as other matters.

de la Convention. En revanche, aux termes de la *Loi sur l'immigration de 1976*, qui était en vigueur au moment où M. Chung a comparu devant l'arbitre, c'était à la personne concernée qu'il appartenait de revendiquer le statut de réfugié sans que l'arbitre soit tenu de lui demander si elle désirait ou non le faire. L'arbitre s'est dit d'avis que cette modification de la procédure à suivre pour recevoir une revendication du statut de réfugié démontrait que les demandeurs éventuels de statut devaient se voir accorder une possibilité réelle de revendiquer le statut de réfugié.

Lors de l'enquête rouverte, l'agent chargé de présenter les cas (à qui ses supérieurs avaient confié le dossier seulement la veille de l'audience même s'ils l'avaient reçu trois mois plus tôt) a demandé un ajournement pour pouvoir se préparer à contester le pouvoir de l'arbitre de rouvrir l'enquête. L'arbitre a refusé d'ajourner l'instance, parce qu'aucune explication suffisante n'avait été fournie au sujet de l'incapacité de la Couronne d'agir. L'arbitre a fait remarquer que la Couronne avait eu trois mois pour préparer l'affaire et qu'un ajournement prolongé serait donc inapproprié. L'arbitre a offert d'ajourner l'audience pendant cinquante minutes pour accorder à l'agent chargé de présenter les cas le temps voulu pour préparer des observations. Ce dernier a refusé l'offre.

Après avoir statué sur la demande d'ajournement prolongé présentée par la Couronne, l'arbitre a mené une brève enquête au terme de laquelle il a conclu que M. Chung était admissible à entrer au Canada. Conformément à la procédure prescrite par la *Loi sur l'immigration*, l'arbitre a ensuite tenu une audience sur le minimum de fondement avec un membre de la Section du statut de réfugié. À l'audience sur le minimum de fondement, l'arbitre et le membre de la Section du statut de réfugié ont tous les deux conclu que la revendication du statut de réfugié de M. Chung avait un minimum de fondement. Ainsi que la *Loi* l'exige, la revendication de M. Chung a été déférée à la Section du statut de réfugié pour instruction approfondie.

Par la suite, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration a déposé la présente requête fondée sur l'article 28 pour contester la décision de l'arbitre de rouvrir l'enquête initiale ainsi que d'autres questions.

JURISDICTION

The primary issue is whether the Adjudicator had jurisdiction to reopen the hearing. An adjudicator's jurisdiction to reopen a hearing is established exclusively in subsection 35(1) of the *Immigration Act*. No other section in the Act empowers an adjudicator to reopen a hearing. Subsection 35(1) reads:

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

The jurisprudence of this Court has strictly interpreted the scope of this section in the past. In *Gray v. Fortier*, [1985] 2 F.C. 525 (C.A.), Mr. Justice Pratte [at page 528] explained that section 35 does not give adjudicators "unqualified power to review their decisions and reopen inquiries." Their powers, under subsection 35(1), are more limited than that, to be exercised only where additional evidence would lead to a change or reversal of a decision made previously by the Adjudicator. Later decisions of this Court have reflected this view. (See *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288 (C.A.); *Ihunwo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (F.C.A.); *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194 (C.A.); but see Madam Justice Desjardins, concurring in *Kaur, infra*).

However, since *Gray v. Fortier*, this Court has permitted adjudicators to reopen inquiries on the basis of section 7 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 reads:

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

In *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.), for example, this Court permitted the reopening of an inquiry by

COMPÉTENCE

La principale question en litige est celle de savoir si l'arbitre avait le pouvoir de rouvrir l'enquête. Le pouvoir de l'arbitre de rouvrir une enquête est prévu exclusivement au paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*. Aucun autre article de la Loi n'autorise l'arbitre à rouvrir une enquête. Voici le libellé du paragraphe 35(1):

35.(1) Sous réserve des règlements, l'arbitre peut, à tout moment, rouvrir une enquête—menée ou non par lui—afin d'entendre de nouveaux témoignages et de recevoir d'autres éléments de preuve; le cas échéant, il peut confirmer, modifier ou infirmer la décision antérieure.

Notre Cour a donné par le passé une interprétation restrictive à la portée de cet article. Dans l'arrêt *Gray c. Fortier*, [1985] 2 C.F. 525 (C.A.), le juge Pratte a expliqué [à la page 528] que l'article 35 ne confère pas aux arbitres «un pouvoir illimité en matière de réexamen de leurs décisions et de réouverture d'enquêtes». Les pouvoirs que leur confère le paragraphe 35(1) sont plus limités que cela et ils ne peuvent être exercés que lorsque de nouveaux éléments de preuve pourraient conduire à la modification ou à l'infirimation de la décision déjà rendue par l'arbitre. Notre Cour a confirmé ce point de vue dans des décisions ultérieures (voir les arrêts *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288 (C.A.); *Ihunwo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (C.A.F.); *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194 (C.A.); mais voir les motifs de Madame le juge Desjardins qui s'est ralliée à la majorité dans l'arrêt *Kaur, infra*).

Toutefois, depuis l'arrêt *Gray c. Fortier*, notre Cour a autorisé des arbitres à rouvrir des enquêtes sur le fondement de l'article 7 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], qui dispose:

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

Ainsi, dans l'arrêt *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.), notre Cour a autorisé un arbitre à rouvrir une

an adjudicator on the basis of duress upon the claimant by her husband, rendering it a nullity because this violated fundamental justice. While recognizing the authority of *Gray v. Fortier*, Mr. Justice Heald held that section 7, along with 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]] gave the Adjudicator the power to reopen inquiries in the circumstances of constitutional violations. He explained as follows [at page 222]:

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

The *Kaur* decision was presaged in *Mattia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 492 (T.D.) where the claimant was shown to have suffered from a mental disability at the time of the inquiry. It was also followed in *Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 581 (C.A.), although, on the facts, the application was dismissed.

In addition, courts and tribunals must keep in mind the exhortation of Mr. Justice Gonthier in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606 as follows:

It must be remembered that if there are two possible interpretations of a statutory provision, one of which embodies the *Charter* values and the other does not, that which embodies the *Charter* values should be adopted. (at page 660).

Similar advice was offered by Madam Justice L'Heureux-Dubé in *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, writing for the majority, when she explained:

Appellant, while not relying on any specific provision of the *Charter*, nevertheless urged that preference be given to *Charter* values in interpretation of a statute . . . I agree that the values embodied in the *Charter* must be given preference over an interpretation which would run contrary to them . . . (at page 558).

audience en raison de la contrainte que la revendicatrice avait subie de la part de son mari, ce qui avait entaché l'enquête de nullité parce que cette contrainte violait la justice fondamentale. Tout en reconnaissant l'autorité de l'arrêt *Gray c. Fortier*, le juge Heald a statué que l'article 7, de même que le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], conféraient à l'arbitre le pouvoir de rouvrir une enquête dans le cas d'une violation de la Constitution. Il a expliqué ce qui suit [à la page 222]:

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

Le jugement *Mattia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 492 (1^{re} inst.) annonçait l'arrêt *Kaur*. Dans l'affaire *Mattia*, il avait été démontré que le demandeur de statut souffrait d'une déficience intellectuelle à l'époque de l'enquête. L'arrêt *Kaur* a également été suivi dans l'arrêt *Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 581 (C.A.), même si, dans cette décision, la requête a été rejetée sur les faits.

En outre, les cours de justice et les tribunaux administratifs ne doivent pas oublier l'exhortation suivante formulée par le juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606:

Il faut se rappeler que dans le cas où il y a deux interprétations possibles d'une disposition législative, l'une incorporant les valeurs de la *Charte* et l'autre non, il convient d'adopter la première. (à la page 660).

Madame le juge L'Heureux-Dubé a formulé un avis semblable dans l'arrêt *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, lorsque, s'exprimant au nom de la majorité, elle a expliqué:

Bien qu'il n'invoque aucune disposition précise de la *Charte*, l'appelant a néanmoins soutenu que, dans l'interprétation d'une loi, on doit donner la préférence aux valeurs consacrées dans la *Charte* . . . Je suis d'accord que ces valeurs doivent être préférées à une interprétation qui leur serait contraire . . . (à la page 558).

Following this guidance from the Supreme Court, it is clear that subsection 35(1) of the *Immigration Act* should be interpreted so as to embody the values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

According to the language of subsection 35(1), the reopening of a hearing is permitted to consider "additional evidence or testimony". What constitutes "additional evidence or testimony" must be viewed in light of the Charter. Subsection 35(1) should not, therefore, be interpreted in a manner that would prevent adjudicators from reopening hearings to perfect Charter violations. In other words, reading subsection 35(1) to embody the values of the Charter—particularly the principles of fundamental justice guaranteed by section 7—confirms that evidence of a Charter violation should be encompassed within the meaning of "additional evidence or testimony" for the purposes of subsection 35(1) of the *Immigration Act*. In addition, the word "decision" in subsection 35(1) should be interpreted in a manner that allows an adjudicator to cure a Charter violation that has occurred at an inquiry.

This interpretation of section 35 is true not only to the values of the Charter but also to the decision in *Gray v. Fortier*. In that case [at page 526], the applicant sought a reopening under subsection 35(1) "for the purpose of adducing evidence which would show the illegality of the deportation order but which would not affect in any way the validity of the decision on which that order was based." Where there has been a Charter violation during an inquiry which may lead to an adjudicator's decision on admissibility being set aside, it cannot be said that evidence of that violation "would not affect in any way the validity of the decision on which that order was based." Consequently, section 35 permits an adjudicator to reopen a hearing to perfect a Charter violation where that violation affects the Adjudicator's decision regarding an applicant's admissibility to Canada.

Conformément à ce conseil de la Cour suprême, il est évident que le paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration* devrait être interprété d'une manière qui incorpore les valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Suivant le libellé du paragraphe 35(1), la réouverture d'une enquête est permise afin «d'entendre de nouveaux témoignages et de recevoir d'autres éléments de preuve». Ce qui constitue «de nouveaux témoignages et d'autres éléments de preuve» doit être examiné en tenant compte de la Charte. Le paragraphe 35(1) ne devrait donc pas être interprété de manière à empêcher les arbitres de rouvrir une enquête pour remédier à une violation de la Charte. En d'autres termes, donner au paragraphe 35(1) une interprétation qui incorpore les valeurs de la Charte—notamment les principes de justice fondamentale garantis par l'article 7—confirme le fait que les témoignages et les éléments de preuve concernant une violation de la Charte devraient être assimilés à de «nouveaux témoignages et . . . autres éléments de preuve» aux fins de l'application du paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration*. En outre, le mot «décision» au paragraphe 35(1) devrait être interprété de manière à permettre à l'arbitre de remédier à une violation de la Charte qui est survenue au cours de l'enquête.

Cette interprétation de l'article 35 vaut non seulement pour les valeurs de la Charte, mais aussi pour l'arrêt *Gray c. Fortier*. Dans cette affaire [à la page 526], le requérant sollicitait la réouverture de l'enquête «afin d'apporter des éléments de preuve qui établiraient le caractère illégal de l'ordonnance d'expulsion, mais n'influeraient d'aucune façon sur la validité de la décision sur laquelle reposait cette ordonnance». Lorsqu'il y a eu, au cours d'une enquête, une violation de la Charte qui pourrait conduire à l'annulation de la décision rendue par l'arbitre au sujet de l'admissibilité, on ne saurait prétendre que les éléments de preuve relatifs à cette violation «n'influeraient d'aucune façon sur la validité de la décision sur laquelle reposait cette ordonnance». En conséquence, l'article 35 habilite l'arbitre à rouvrir l'enquête pour remédier à une violation de la Charte lorsque cette violation influe sur la décision rendue par l'arbitre au sujet de l'admissibilité du requérant au Canada.

It should be noted that the evidence of a Charter violation or other matter which has occurred during an inquiry may be considered not at all persuasive or it may cause an adjudicator to change or set aside a decision. If, upon reopening, the decision regarding admissibility is set aside, subsection 35(2) empowers an adjudicator to quash a deportation order or departure notice which was issued based on the finding of inadmissibility which was set aside.

On the facts of this case, therefore, it was permissible for the Adjudicator to reopen the inquiry that he had himself conducted earlier, pursuant to subsection 35(1), in order to receive the additional evidence to the effect that the applicant was unable to understand what was going on at the inquiry and, hence, was effectively denied a fair opportunity to claim refugee status. The evidence submitted to the Adjudicator in the application for reopening indicated that the applicant's section 7 Charter rights may have been compromised during the initial inquiry. Using Mr. Justice Heald's language in *Kaur* [at page 218], Mr. Chung was "effectively deprived of the ability to make a free, informed and independent decision requesting a claim to refugee status". While subsection 35(1) was thought to be unavailable on the facts in *Kaur*, making it necessary to employ a Charter remedy, the Adjudicator in this case and on these facts had the jurisdiction under subsection 35(1) to reopen the hearing to remedy this situation and, hence, was correct in doing so.

NOTICE

Another issue raised in this case is whether Mr. Chung was required to give the Crown notice of his request to reopen the original inquiry. An adjudicator's power to reopen an inquiry is set out in section 35 of the *Immigration Act*. That section does not indicate what procedures must be followed in applying to have a hearing reopened. Paragraph 114(1)(r) empowers the Governor in Council to make regulations:

Il convient de noter que les témoignages et les éléments de preuve concernant une violation de la Charte ou tout autre fait survenu au cours de l'enquête peuvent être considérés comme n'étant pas du tout convaincants ou comme pouvant amener un arbitre à modifier ou à annuler une décision. Si, après la réouverture, la décision concernant l'admissibilité est annulée, le paragraphe 35(2) habilite l'arbitre à casser, sur le fondement de la conclusion d'inadmissibilité qui a été annulée, la mesure d'expulsion ou d'interdiction de séjour qui a été prise.

Suivant les faits de la présente espèce, l'arbitre était habilité, en vertu du paragraphe 35(1), à rouvrir l'enquête qu'il avait déjà lui-même menée afin d'entendre de nouveaux témoignages et de recevoir d'autres éléments de preuve démontrant que le requérant n'était pas en mesure de comprendre ce qui se passait à l'enquête et qu'on ne lui avait par conséquent pas donné la possibilité de revendiquer le statut de réfugié. Il ressort des éléments de preuve soumis à l'arbitre dans le cadre de la demande de réouverture qu'il est possible que les droits garantis au requérant par l'article 7 de la Charte aient été compromis au cours de l'enquête initiale. Pour reprendre les termes employés par le juge Heald dans l'arrêt *Kaur* [à la page 218], M. Chung «a été effectivement privé de la possibilité de prendre une décision libre et éclairée relativement à la revendication du statut de réfugié». Même si l'on a estimé dans l'arrêt *Kaur* que l'on ne pouvait, à cause des faits de cette affaire, invoquer le paragraphe 35(1) et qu'il fallait par conséquent exercer l'un des recours prévus par la Charte, le paragraphe 35(1) donnait en l'espèce à l'arbitre le pouvoir, compte tenu des faits, de rouvrir l'audience pour remédier à cette situation et l'arbitre a donc eu raison d'agir de la sorte.

AVIS

Un autre point litigieux soulevé dans la présente affaire est celui de savoir si M. Chung était tenu d'aviser la Couronne de sa demande de réouverture de l'enquête initiale. Le pouvoir de l'arbitre de rouvrir l'enquête est énoncé à l'article 35 de la *Loi sur l'immigration*. Cet article ne précise pas quelle procédure il faut suivre pour demander la réouverture d'une enquête. L'alinéa 114(1)r) dispose:

114. (1) The Governor in Council may make regulations

(r) establishing the procedures to be followed at an inquiry and prescribing the circumstances in which an inquiry may be reopened pursuant to subsection 35(1) . . .

Pursuant to this paragraph, the Governor in Council enacted section 39 of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172]. That regulation elaborates on subsection 35(1) of the Act but does not comprehensively describe the procedures to be followed in bringing an application to reopen. Section 39 of the Regulations states:

39. An inquiry may be reopened by an adjudicator pursuant to subsection 35(1) of the Act at the written request or with the written permission of the person concerned or where the decision made at the inquiry will be amended to the benefit of the person concerned.

Nothing in this regulation requires or anticipates that an applicant must provide the opposing party with notice of his application for reopening. If the Adjudicator reopens a hearing, the additional evidence can be challenged by means of an application for judicial review or at the reopened hearing. The Crown had an opportunity to seek judicial review of the decision to reopen the hearing, which it did not do. It also had the opportunity to challenge the evidence of Mr. Chung, which it also failed to do. Further, the Crown did not even challenge the lack of notice at the reopened hearing. Such a challenge cannot be successful now. As a result, Mr. Chung's counsel was not required to give notice to the Crown upon submitting an application to have Mr. Chung's hearing reopened.

REFUSAL TO GRANT ADJOURNMENT

An additional issue to be considered is whether the Adjudicator's refusal to grant a substantial adjournment at the start of the reopened hearing to enable the Crown to challenge his jurisdiction violated the principles of natural justice. In our view, the Adjudicator exercised his discretion judicially and was not influenced by irrelevant considerations.

While one must sympathize with the case presenting officer who appeared at the hearing to make rep-

114. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

r) établir la procédure à suivre en matière d'enquête, fixant les cas donnant lieu à réouverture d'enquête en vertu du paragraphe 35(1) . . .

En vertu de cet alinéa, le gouverneur en conseil a édicté l'article 39 du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172]. Cet alinéa complète le paragraphe 35(1) de la Loi mais n'explique pas de façon détaillée la procédure à suivre pour présenter une demande de réouverture. L'article 39 du Règlement dispose:

39. Selon le paragraphe 35(1) de la Loi, l'enquête peut être réouverte par l'arbitre si la personne en cause en fait la demande ou en donne la permission par écrit ou si la décision prise à l'enquête serait modifiée en faveur de la personne en cause.

Rien dans cette disposition du Règlement n'exige ou ne prévoit que le requérant doit aviser la partie adverse de sa demande de réouverture. Si l'arbitre rouvre l'enquête, les nouveaux témoignages et les autres éléments de preuve peuvent être contestés dans le cadre d'une requête en contrôle judiciaire ou à l'audition de l'enquête rouverte. La Couronne avait la possibilité de solliciter le contrôle judiciaire de la décision de rouvrir l'enquête, ce qu'elle n'a pas fait. Elle avait aussi la possibilité de contester le témoignage de M. Chung, ce qu'elle n'a également pas fait. Qui plus est, la Couronne n'a même pas contesté l'absence d'avis à l'enquête rouverte. Elle ne peut soulever ce moyen maintenant. Par conséquent, l'avocat de M. Chung n'était pas tenu d'aviser la Couronne lorsqu'il a présenté sa demande de réouverture de l'enquête de M. Chung.

REFUS D'ACCORDER UN AJOURNEMENT

Une autre question litigieuse qu'il nous faut examiner est celle de savoir si le refus de l'arbitre d'accorder un ajournement prolongé à l'ouverture de l'enquête rouverte pour permettre à la Couronne de contester sa compétence portait atteinte aux principes de justice naturelle. À notre avis, l'arbitre a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire et il n'a pas été influencé par des considérations non pertinentes.

Bien qu'on doive sympathiser avec l'agent chargé de présenter les cas qui a comparu à l'audience pour

representations with less than one day to prepare, the fact that he personally was given the file only the day before cannot be determinative in these circumstances. The Minister had three months' notice to prepare for the reopened hearing. The file was handled by several persons in the Department before finally being given to the individual who appeared on the Crown's behalf only the day before the hearing. No satisfactory explanation was offered for this lapse. In spite of this, the Adjudicator offered the case presenting officer fifty minutes to prepare, which offer was rejected. The case presenting officer was present at the hearing but took no part in it, except to repeat his request for an adjournment whenever he was invited to make submissions. We do not see any violation of subsection 46(3) of the *Immigration Act* [as am. *idem*], since a "reasonable opportunity" was offered to the Crown to present evidence, cross-examine witnesses, and to make representations in the circumstances of this case. We have not been persuaded to interfere with the Adjudicator's exercise of discretion.

RECOMMENCEMENT OF A HEARING

Subsection 35(1) of the *Immigration Act* permits an adjudicator to reopen a hearing but is silent on whether the original hearing shall continue or whether the hearing may be recommenced. Two subsections of the *Immigration Regulations, 1978*, namely subsection 35(4) [as am. by SOR/88-180, s. 6] and subsection 35(6) [as enacted by SOR/89-38, s. 13], contemplate the recommencement of a hearing in appropriate circumstances. Those two subsections do not specifically apply to the circumstances of this case, but they do make it clear that a recommencement is not an extraordinary event. In this case, the original inquiry was commenced in 1987 under the former immigration scheme (*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, s. 45); however, by the time Mr. Chung's inquiry was reopened in 1991 the former scheme had been substantially changed. The transitional provisions are silent on the question of how to proceed when an inquiry is reopened under subsection 35(1) after the new scheme comes into effect. In general, though, the transitional provisions indicate

présenter ses observations avec moins d'une journée pour se préparer, le fait qu'on ne lui a remis personnellement le dossier que la veille de l'audience ne saurait être déterminant dans les circonstances. Le ministre a été avisé trois mois à l'avance de se préparer pour l'audience réouverte. Le dossier est passé entre les mains de plusieurs personnes du Ministère, pour être finalement remis seulement la veille de l'audience à la personne qui a comparu au nom de la Couronne. Aucune explication satisfaisante n'a été fournie au sujet de ce retard. Malgré cela, l'arbitre a offert à l'agent chargé de présenter les cas cinquante minutes pour se préparer. Cette offre a été refusée. L'agent chargé de présenter les cas était présent à l'audience mais n'y a pas participé, sauf pour réitérer sa demande d'ajournement chaque fois qu'il était invité à présenter ses observations. Il n'y a pas eu, selon nous, violation du paragraphe 46(3) de la *Loi sur l'immigration* [mod., *idem*], puisqu'on a donné à la Couronne la «possibilité» de produire des éléments de preuve, de contre-interroger des témoins et de présenter des observations eu égard aux circonstances de l'espèce. On ne nous a pas persuadés d'intervenir dans l'exercice que l'arbitre a fait de son pouvoir discrétionnaire.

RECOMMENCEMENT DE L'ENQUÊTE

Le paragraphe 35(1) de la *Loi sur l'immigration* permet à l'arbitre de rouvrir l'enquête, mais il est muet sur la question de savoir si l'enquête initiale est reprise ou si l'enquête peut être recommencée. Il y a deux paragraphes du *Règlement sur l'immigration de 1978*, à savoir le paragraphe 35(4) [mod. par DORS/88-180, art. 6] et le paragraphe 35(6) [édicte par SOR/89-38, art. 13], qui prévoient qu'une enquête peut être recommencée dans certaines circonstances. Ces deux paragraphes ne s'appliquent pas expressément aux circonstances de la présente affaire, mais ils démontrent bien que le recommencement d'une enquête n'est pas un événement extraordinaire. Dans le cas qui nous occupe, l'enquête initiale a été commencée en 1987 aux termes de l'ancien régime d'immigration (*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 45); toutefois, au moment où l'enquête de M. Chung a été rouverte en 1991, l'ancien régime avait été considérablement modifié. Les dispositions transitoires sont muettes sur la question de savoir comment procéder lorsqu'une

that inquiries resumed after the commencement of the revised scheme shall be dealt with under the new scheme by having the refugee claims referred to an adjudicator and a member of the Refugee Division. (See, for example, sections 42-43 of the Transitional Provisions [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28]). It appears, then, that the Adjudicator was correct, following the reopening of the inquiry, to convene a credible basis hearing with a representative of the Refugee Division.

In addition, it is apparent from section 43 of the revised *Immigration Act* [as am. *idem*, s. 14] that a Convention refugee claim is to be made at the outset of an adjudicator's inquiry "before any substantive evidence is given at an inquiry." Normally, then, a credible basis hearing will proceed without the benefit of any prior evidence on the record. That describes precisely the situation that transpired following the Adjudicator's reopening of the hearing in this case. Consequently, it cannot be said that any prejudice was caused to either party on the basis that the hearing was recommenced rather than continued. The case presenting officer could still have cross-examined Mr. Chung on his earlier answers. There really was no alternative course open in the circumstances. Further legislative authority can be found to support this procedure in subsection 112(e) which permits adjudicators to do all "things necessary to provide a full and proper inquiry". In this unusual situation, this path was followed in order to ensure that there was a "full and proper inquiry."

In Mr. Chung's case, once the inquiry was reopened, the hearing had to start again at the beginning in order to cure the breach of fundamental justice. Accordingly, the recommencement of the hearing in this case cannot be said to have prejudiced the parties in any way. It was the only sensible way to proceed in these circumstances.

enquête est rouverte en vertu du paragraphe 35(1) après l'entrée en vigueur du nouveau régime. Toutefois, de façon générale, les dispositions transitoires précisent qu'aux termes du nouveau régime, les revendications du statut de réfugié formulées dans le cadre des enquêtes reprises après l'entrée en vigueur du régime révisé sont déferées à un arbitre et à un membre de la Section du statut de réfugié (voir, par exemple, les articles 42 et 43 des dispositions transitoires [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28]). Il semble donc que l'arbitre a eu raison, à la suite de la réouverture de l'enquête, de tenir une audience sur le minimum de fondement avec un représentant de la Section du statut de réfugié.

En outre, il ressort à l'évidence de l'article 43 de la *Loi sur l'immigration* [mod., *idem*, art. 14] révisée que la revendication du statut de réfugié doit être faite à l'ouverture de l'enquête menée par l'arbitre «avant que ne soient présentés des éléments de preuve au fond». Ainsi donc, normalement, l'audience sur le minimum de fondement aura lieu sans qu'on puisse bénéficier d'éléments de preuve préalablement versés au dossier. C'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce à la suite de la réouverture de l'enquête par l'arbitre. En conséquence, on ne saurait prétendre que l'une ou l'autre partie a subi un préjudice parce que l'enquête a été recommencée au lieu d'être reprise. L'agent chargé de présenter les cas aurait encore pu contre-interroger M. Chung au sujet des réponses qu'il avait déjà données. Il n'existait en réalité aucune autre solution de rechange dans les circonstances. On trouve un autre texte législatif qui appuie cette procédure à l'alinéa 112e), qui permet aux arbitres de «prendre les autres mesures nécessaires à la tenue d'une enquête approfondie». Dans la présente situation inusitée, c'est la solution qu'on a choisie pour s'assurer qu'il y ait une «enquête approfondie».

Dans le cas de M. Chung, une fois l'enquête réouverte, il fallait recommencer l'audience depuis le début pour remédier à la violation de la justice fondamentale. En conséquence, on ne saurait prétendre que le recommencement de l'enquête a causé en l'espèce un préjudice aux parties de quelque façon que ce soit. C'était la seule façon sensée de procéder dans les circonstances.

RES JUDICATA

The doctrine of *res judicata*, or estoppel *per rem judicatam* as it is also known, exists in two different forms: cause of action estoppel and issue estoppel. Cause of action estoppel was not argued in this case and need not be considered. As regards the other form of *res judicata*, the requirements for issue estoppel were set out by Lord Guest in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.) and approved by the Supreme Court of Canada in *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248 (Spence and Laskin JJ. dissenting in the outcome). Those requirements are:

1. The same question must have been decided;
2. The judicial decision which is said to create the estoppel must be final; and,
3. The parties to the judicial decision or their privies must be the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

Approaching these criteria in reverse order, we can dispense with the latter two requirements quickly. There can be no doubt that the proceedings in question involved the same parties, namely Mr. Chung and the Minister of Employment and Immigration. It is equally clear that the proceedings in this Court which are said to give rise to the estoppel are final. Where an application is dismissed for failure to appear on behalf of the plaintiff under Rule 495 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], the judgment is final. Similarly, where an application to set aside a judgment pursuant to Rule 1733 of the *Federal Court Rules* is dismissed, the dismissal constitutes a final judgment.

This leaves us to consider whether the same question as was addressed in the respondent's application to the Adjudicator to reopen the hearing must have been decided in either of the proceedings before this Court. In the first proceeding before this Court, Mr.

LA CHOSE JUGÉE

Le principe de l'autorité de la chose jugée—qui est aussi connu sous le vocable d'*estoppel per rem judicatam*—se présente sous deux formes différentes: l'irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action (*cause of action estoppel*) et l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (*issue estoppel*). L'irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action n'a pas été invoquée en l'espèce et il n'est pas nécessaire de l'examiner. Quant à l'autre forme d'irrecevabilité résultant de l'autorité de la chose jugée, les conditions requises pour qu'il y ait *issue estoppel* ont été définies par lord Guest dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.) et ont été approuvées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248 (les juges Spence et Laskin étaient dissidents quant au dispositif). Voici les conditions en question:

Il faut que:

1. la même question ait été décidée;
2. que la décision judiciaire qui est censée créer l'irrecevabilité soit définitive;
3. que les parties visées par la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'instance où l'irrecevabilité est soulevée, ou leurs ayants droit.

Si l'on aborde ces critères dans l'ordre inverse, on peut régler assez rapidement le cas des deux derniers. Il n'y a pas de doute que les instances en question mettaient en cause les mêmes parties, à savoir M. Chung et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration. Il est également évident que l'instance introduite devant notre Cour qui est censée créer l'irrecevabilité est définitive. Lorsqu'une requête est rejetée en vertu de la Règle 495 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] pour défaut de comparaître au nom du demandeur, le jugement est définitif. De même, lorsqu'une requête en annulation d'un jugement fondée sur la Règle 1733 des *Règles de la Cour fédérale* est rejetée, le rejet constitue un jugement définitif.

Il nous reste à nous demander si la même question que celle qui a été abordée par l'intimé dans la requête qu'il a présentée à l'arbitre en vue de faire rouvrir l'audience a été décidée dans l'une ou l'autre des instances introduites devant notre Cour. Dans la

Chung's section 28 application was dismissed pursuant to Rule 495(1)(b) because he failed to appear for the hearing. Where Rule 495(1)(b) is invoked because an applicant (as Mr. Chung was in the initial proceeding before this Court) fails to appear, the judgment that is rendered is similar to a judgment issued for want of prosecution under Rule 440. In contrast, if a respondent, rather than an applicant, had failed to appear—attracting Rule 495(1)(a)—the situation would be akin to a default judgment under Rules 432-439 [Rule 433 am. by SOR/79-57, s. 11; Rule 434 as am. *idem*, s. 12; Rule 438.1, enacted by SOR/90-846, s. 12; Rule 439(4) enacted *idem*, s. 13]. In appropriate circumstances, a default judgment may give rise to issue estoppel (See *Hill v. Hill* (1966), 57 D.L.R. (2d) 760 (B.C.C.A.), at page 767; *Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 300 (P.C.); *Lutz v. Pyke* (1977), 36 N.S.R. (2d) 420 (Co. Ct.); *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374). However, a judgment based on want of prosecution cannot support issue estoppel (See *Byrne v. Frere* (1828), 2 Mol. 157 (Ir. Ch.) at page 180; *Magnus v. National Bank of Scotland* (1888), 57 L.J. Ch. 902; *Mayzel v. Sturm, Lipton, Lipton & Trinity Apartments Ltd.* (1957), 10 D.L.R. (2d) 642 (Ont. H.C.); *Pople v. Evans*, [1968] 2 All E.R. 743 (Ch.D.)). For the purposes of determining whether issue estoppel operates, a dismissal under Rule 495(1)(b) must be viewed in the same light as a judgment for want of prosecution. It follows that the section 28 application by Mr. Chung, which was dismissed under Rule 495(1)(b), cannot give rise to issue estoppel.

Recognizing the difficulty of claiming issue estoppel based on a judgment in the nature of a dismissal for want of prosecution, the applicant in this case

première instance qui a été introduite devant notre Cour, la requête présentée par M. Chung en vertu de l'article 28 a été rejetée en vertu de la Règle 495(1)(b) parce qu'il a fait défaut de comparaître à l'audience. Lorsque la Règle 495(1)(b) est invoquée parce qu'un requérant—comme l'était M. Chung dans l'instance initiale introduite devant notre Cour—fait défaut de comparaître, le jugement qui est rendu est semblable à un jugement prononcé en vertu de la Règle 440 pour défaut de poursuite. En revanche, si c'est l'intimé, plutôt que le requérant, qui a fait défaut de comparaître—donnant ainsi lieu à l'application de la Règle 495(1)(a)—la situation serait semblable à celle d'un jugement par défaut prononcé en vertu des Règles 432 à 439 [Règle 433 mod. par DORS/79-57, art. 11; Règle 434 mod., *idem*, art. 12; Règle 438.1 édictée par DORS/90-846, art. 12; Règle 439(4) édictée, *idem*, art. 13]. Dans certaines circonstances déterminées, le prononcé d'un jugement par défaut peut permettre à une personne d'invoquer l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (voir *Hill v. Hill* (1966), 57 D.L.R. (2d) 760 (C.A.C.-B.), à la page 767; *Kok Hoong v. Leong Cheong Kweng Mines Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 300 (P.C.); *Lutz v. Pyke* (1977), 36 N.S.R. (2d) 420 (Co. Ct.); *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374). Cependant, on ne peut s'appuyer sur un jugement fondé sur un défaut de poursuite pour invoquer une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (voir *Byrne v. Frere* (1828), 2 Mol. 157 (Ir. Ch.), à la page 180; *Magnus v. National Bank of Scotland* (1888), 57 L.J. Ch. 902; *Mayzel v. Sturm, Lipton, Lipton & Trinity Apartments Ltd.* (1957), 10 D.L.R. (2d) 642 (H.C. Ont.); *Pople v. Evans*, [1968] 3 All E.R. 743 (Ch. D.)). Pour déterminer si l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige s'applique, il faut considérer le rejet ordonné en vertu de la Règle 495(1)(b) sous le même angle qu'un jugement pour défaut de poursuite. Il s'ensuit que la requête que M. Chung a présentée en vertu de l'article 28 et qui a été rejetée en vertu de la Règle 495(1)(b) ne peut donner lieu à une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige (*issue estoppel*).

Reconnaissant qu'il est difficile de faire valoir un moyen d'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige en invoquant un jugement de la

relied primarily on this Court's dismissal of the respondent's application to set aside under Rule 1733 to ground his claim for issue estoppel. In order to have a judgment set aside under Rule 1733 an applicant must demonstrate that the matter was discovered subsequently and that he has acted with reasonable diligence (See *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189 (C.A.); *Rostamian v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 49 (F.C.A.)). Normally, in a Rule 1733 application, the Court will consider those two questions before deliberating on the merits of the application. It follows that there is no assurance that the Court will ever consider the merits of an application under Rule 1733 as the application may be dismissed before reaching that point. Indeed, that is what transpired in this case. This Court dismissed Mr. Chung's application under Rule 1733 without addressing the merits of his application. It cannot be said, then, that this Court determined that the respondent's Charter rights were not infringed during the original hearing before the Adjudicator; that issue was not directly considered by this Court (See *Angle v. M.N.R.*, *supra*, quoting [at page 257], with approval, Lord Hobhouse in *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*, [1893] A.C. 518 (P.C.), at pages 522-523 to the effect that "it is laid down that in order to establish the plea of *res judicata* the Court whose judgment is invoked must have . . . given judgment directly upon the matter in question"). Therefore, the respondent was not estopped from placing the alleged Charter infringement in issue before the Adjudicator in the application to reopen or at the reopened hearing. The matter was not *res judicata*.

CONCLUSION

This section 28 application will, therefore, be dismissed.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

nature d'un rejet pour défaut de poursuite, le requérant s'est, pour appuyer son moyen d'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige, fondé surtout sur la décision par laquelle notre Cour a rejeté la requête en annulation présentée par l'intimé en vertu de la Règle 1733. Pour faire annuler un jugement en vertu de la Règle 1733, le requérant doit démontrer que la question a été découverte subseqüemment et qu'il a agi avec une diligence raisonnable (voir *Saywack c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189 (C.A.); *Rostamian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 49 (C.A.F.)). Normalement, dans le cas d'une requête fondée sur la Règle 1733, la Cour examine ces deux questions avant de statuer au fond sur la requête. Il s'ensuit que rien ne garantit que la Cour statuera un jour sur le fond d'une requête présentée en vertu de la Règle 1733, étant donné qu'il se peut que la requête soit rejetée avant qu'on atteigne cette étape. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit en l'espèce. Notre Cour a rejeté la requête présentée par M. Chung en vertu de la Règle 1733 sans examiner le fond de sa requête. On ne saurait donc prétendre que notre Cour a statué que les droits garantis à l'intimé par la Charte n'ont pas été violés au cours de l'enquête initiale qui a eu lieu devant l'arbitre; cette question n'a pas été directement examinée par notre Cour (voir l'arrêt *Angle c. M.N.R.*, précité, dans lequel la Cour suprême a cité [à la page 257] et approuvé les propos formulés par lord Hobhouse dans l'arrêt *Attorney General for Trinidad and Tobago v. Eriché*, [1893] A.C. 518 (P.C.), aux pages 522 et 523 suivant lesquels [TRADUCTION] «on pose le principe que pour établir le moyen de la chose jugée, le tribunal dont le jugement est invoqué doit avoir . . . rendu jugement directement sur la question en litige»). Par conséquent, rien n'empêchait l'intimé d'alléguer la question de la violation de la Charte devant l'arbitre dans le cadre de sa demande de réouverture ou de le faire au cours de l'enquête rouverte. La question n'était pas chose jugée.

DISPOSITIF

La présente requête fondée sur l'article 28 sera, par conséquent, rejetée.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je suis du même avis.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je suis du même avis.