



UNIVERSITÉ D'OTTAWA  
UNIVERSITY OF OTTAWA

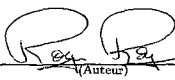
NOM DE L'AUTEUR ROY, Roger

TITRE DE LA THÈSE LE SENS ET LA PORTEE DE LA FORMULE "DECISION OU ORDONNANCE ADMINISTRATIVE QUI N'EST PAS LEGALEMENT SOUMISE A UN PROCESSUS JUDICIAIRE OU QUASI JUDICIAIRE" DE L'ARTICLE 28(1) DE LA LOI SUR LA COUR FEDERALE

GRADE LL.M. (Droit public) ANNÉE D'OBTENTION 1977

L'auteur permet, par la présente, la consultation et le prêt de cette thèse en conformité avec les règlements établis par le directeur des bibliothèques de l'Université d'Ottawa. L'auteur autorise aussi l'Université d'Ottawa, ses successeurs et cessionnaires à reproduire cet exemplaire par photographie ou photocopie pour fins de prêt ou de vente au prix coûtant aux bibliothèques ou aux chercheurs qui en feront la demande.

Les droits de publication par tout autre moyen et pour vente au public demeureront la propriété de l'auteur de la thèse sous réserve des règlements de l'Université d'Ottawa en matière de publication de thèses.

  
(Signé) \_\_\_\_\_ (Auteur)  
Date le 29 avril 1977  
Adresse fixe  
1218 de Portgrom  
St-Basile, Qc

UNIVERSITÉ D'OTTAWA / UNIVERSITY OF OTTAWA  
École des études supérieures/School of Graduate Studies

Titre de la thèse LE SENS ET LA PORTEE DE LA FORMULE "DECISION OU ORDONNANCE  
ADMINISTRATIVE QUI N'EST PAS LEGALEMENT SOUMISE A UN PROCESSUS JUDICIAIRE  
OU QUASI JUDICIAIRE" DE L'ARTICLE 28(1) DE LA LOI SUR LA COUR FEDERALE

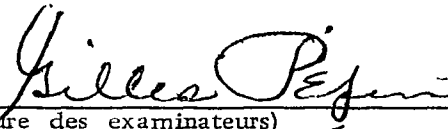
Nom du candidat ROY, Roger

Grade LL.M. Département Droit civil

Date de la soutenance le 29 avril 1977

Nous, soussignés, certifions que nous avons approuvé cette thèse et qu'elle a été soutenue avec succès.

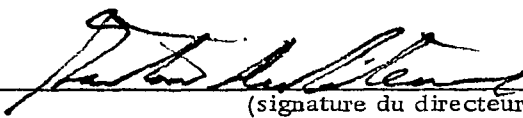
G. Pépin

  
(signature des examinateurs)

G. La Forest

J.-P. Lacasse

G. DesCôteaux

  
(signature du directeur)

(Doyen des études supérieures)

UNIVERSITE D'OTTAWA

LE SENS ET LA PORTEE DE LA FORMULE "DECISION OU  
ORDONNANCE ADMINISTRATIVE QUI N'EST PAS LEGALEMENT  
SOUMISE A UN PROCESSUS JUDICIAIRE OU QUASI JUDICIAIRE"  
DE L'ARTICLE 28(1) DE LA LOI SUR LA COUR FEDERALE

---

THESE PRESENTEE A L'ECOLE DES ETUDES SUPERIEURES  
DE L'UNIVERSITE D'OTTAWA EN VUE DE L'OBTENTION  
DE LA MAITRISE EN DROIT PUBLIC

PRESENTEE PAR

ROGER ROY

DECEMBRE 1976

UMI Number: EC56265

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI EC56265

Copyright 2011 by ProQuest LLC.

All rights reserved. This edition of the work is protected against unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

1

LE SENS ET LA PORTEE DE LA FORMULE "DECISION OU  
ORDONNANCE ADMINISTRATIVE QUI N'EST PAS LEGALEMENT  
SOUMISE A UN PROCESSUS JUDICIAIRE OU QUASI JUDICIAIRE"  
DE L'ARTICLE 28(1) DE LA LOI SUR LA COUR FEDERALE

---

Le pouvoir d'examen et d'annulation de la Cour d'appel fédérale lui fut conféré par la Loi sur la Cour fédérale (1) qui a opéré une réforme de l'organisation judiciaire fédérale en 1970. Par cette réforme, le Parlement fédéral a créé une Cour à deux divisions établissant ainsi une organisation judiciaire semblable à celle qui existe dans chacune des provinces (2) et il a aussi apporté des modifications considérables au droit du contrôle judiciaire de l'Administration fédérale.

La réforme du droit du contrôle judiciaire fut réalisée par les articles 18 et 28(1) de la Loi (3). Par l'article 18,

---

(1) S.C. 1970 ch. 1. La loi est entrée en vigueur le 1er juin 1971: DORS/71-241, (1971) Gaz. Can., Ptie II, P. 887.

(2) Voir l'article 4 de la Loi.

(3) Art. 18. La Division de première instance a compétence exclusive en première instance

(a) pour émettre une injonction, un bref de certiorari, un bref de mandamus, un bref de prohibition ou un bref de quo warranto, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et

(b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa (a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

le Parlement a retiré aux cours supérieures des provinces leur pouvoir de surveillance et de contrôle des organismes fédéraux (4) pour le conférer à la Division de première instance. Puis, par l'article 28(1), le législateur a voulu instaurer une procédure simplifiée de contrôle judiciaire et il a retiré à la Division de première instance une partie de sa compétence pour la conférer à la Cour d'appel fédérale.

L'objet de ce mémoire est de chercher à déterminer le sens et la portée de la formule "décision ou ordonnance administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire" que l'on retrouve, à l'article 28(1). C'est une matière qui fait partie des conditions d'exercice du pouvoir d'examen et d'annulation de la Cour d'appel fédérale. Il s'agit d'un aspect important du droit du contrôle judiciaire puisque

---

Art. 28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

(a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

(b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

(c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

(4) Dans Three Rivers Boatman Ltd. vs Le Conseil canadien des relations ouvrières (1969) R.C.S. 607, la Cour Suprême avait confirmé que l'Administration fédérale était soumise au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure du Québec et, par extension, aux cours exerçant la même com-

avant de pouvoir invoquer les motifs du contrôle judiciaire prévus aux alinéas (a), (b) et (c) de l'article 28(1), il faut commencer par satisfaire aux conditions prescrites par l'article (5). Ces conditions sont les suivantes:

1. La décision ou l'ordonnance attaquée doit avoir été rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral;

2. Un avis de demande doit être déposé à la Cour d'appel dans les 10 jours qui suivent la première communication de cette décision ou dans le délai additionnel qui peut être accordé (6);

3. La décision ou l'ordonnance ne peut être attaquée par le biais de l'article 28(1) que dans la mesure où un appel ne peut être expressément interjeté sous l'empire de la disposition d'une autre loi (7);

4. La décision ou l'ordonnance ne doit pas être une décision administrative non légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

---

pétence dans les autres provinces.

(5) W.R. Jackett, La Cour d'appel fédérale, 1973 R. du B. 94, pp. 98 à 106, 117 et 118.

(6) L'article 28(2).

(7) L'article 29 de la Loi stipule:

"Nonobstant les articles 18 et 28, lorsqu'une loi du Parlement du Canada prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour, la Cour suprême, le gouverneur en conseil ou le conseil du Trésor, d'une décision ou ordonnance d'un office, d'une commission ou d'un autre tribunal fédéral rendue à tout stade des procédures, cette décision ou ordonnance ne peut, dans la mesure où il peut en être ainsi interjeté appel, faire l'objet d'examen, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf dans la mesure et de la manière prévues dans cette loi."

Quant aux trois premières conditions, elles ont soulevé relativement peu de problèmes selon la jurisprudence. Ainsi, le délai de 10 jours stipulé à l'article 28(2) doit être respecté sauf si la Cour accorde un délai supplémentaire. Ce délai supplémentaire ne sera accordé que si la personne qui le demande peut convaincre la Cour que le recours "a des chances sérieuses de réussir" (arguable case) et n'est pas frivole (8).

La prohibition de l'article 29 pose des difficultés d'interprétation qui sont très bien exposées par le juge en chef Jackett dans son article (9). Cependant, d'après les motifs de jugement publiés, les plaideurs surmontent le problème du choix du recours approprié en se prévalant et du droit d'appel prévu au texte législatif applicable et du recours de l'article 28(1). Il suffit alors d'obtenir une ordonnance joignant des deux procédures en vertu de la Règle 1314 des Règles de la Cour (10).

---

(8) Benoit vs La Comm. de la Fonction publique (1973) C.F. 962. Voir aussi les affaires suivantes impliquant le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'immigration: Kalaam (1976) 1 C.F. 112; Lignos (1973) C.F. 1073; Kukan (1974) 1 C.F. 12 ainsi que Gordon vs Le directeur de l'Institution de Matsqui (1973) C.F. 723. Dans ces arrêts la Cour applique la règle du "arguable case" où elle traite de la procédure à suivre (affidavits et pièces à produire etc.) pour demander la prorogation du délai.

(9) Loc. cit., n. 5, pp. 104, 105 et 106.

(10) Ibid., p.118. Voir aussi W.R. Jackett, La Cour fédérale du Canada, Manuel de Pratique, Information Canada, Ottawa, 1971, pp. 23-25. Pour des exemples d'application voir Okanagan Helicopters Ltd. vs C.C.T. (1975) C.F. 396, pp. 397 et 406; In re Capital Cities Communications Inc. (1975) C.F. 17, p. 23; Rodney vs Le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'immigration (1972) C.F. 663, p. 664; John Graham & Co. Ltd. vs C.R.T.C. (1976) 2 C.F. 82, p. 86.

Quant au sens qu'il faut attribuer aux termes "office, commission ou autre tribunal fédéral," la définition qu'en donne l'article 2(g) de la Loi <sup>(11)</sup> est d'une très grande portée. Tous les tribunaux administratifs fédéraux <sup>(12)</sup> de même que toute personne <sup>(13)</sup> qui "exerce ou prétend exercer des pouvoirs conférés par une loi du Parlement ou sous l'empire d'une telle loi" sont visés par la définition. Les seules exceptions sont celles prévues à l'article 28(6) de la Loi <sup>(14)</sup>. Il s'agit évidemment, de déterminer, dans chaque cas, si les pouvoirs sont exercés en vertu d'une loi fédérale <sup>(15)</sup> mais, même les juges des cours supérieures au sens de l'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique

- 
- (11) Art. 2. (g) "office, commission ou autre tribunal fédéral" désigne un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi, à l'exclusion des organismes de ce genre constitués ou établis par une loi d'une province ou sous le régime d'une telle loi ainsi que des personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d'une province ou en vertu de l'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867;"
- (12) Exemples: La Commission canadienne des Transports, Le Conseil canadien des relations du travail, Le Conseil de la Radio-Télévision canadienne, La Commission d'appel de l'immigration.
- (13) Y compris les Ministres de la Couronne (Blais vs Andras (1973) C.F. 182; Lazarov vs Le Secrétaire d'Etat du Canada (1973) C.F. 927; Weatherby vs Le Ministre des Travaux publics (1972) C.F. 952) et le Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (McCleery vs La Reine et al (1974) C.F. 339; Kedward vs La Reine et al (1976) 1 C.F. 57).
- (14) Art. 28. (6) Nonobstant le paragraphe (1), aucune procédure ne doit être instituée sous son régime relativement à une décision ou ordonnance du gouverneur en conseil, du conseil du Trésor, d'une cour supérieure ou de la Commission d'appel des pensions ou relativement à une procédure pour une infraction militaire en vertu de la Loi sur la défense nationale."
- (15) Voir Assoc. des emp. de radio et T.V. vs Radio-Canada (1975) 1 R.C.S. 119 où il fut jugé que les pouvoirs d'un conseil d'arbitrage ne lui avaient pas été conférés par une loi mais par une convention collective.

agissant comme "persona designata" sont visés par la disposition. Evidemment, ces juges agissent alors en vertu d'une loi fédérale ou sous le régime d'une telle loi (16).

Nous limiterons donc notre exposé à la quatrième des conditions énoncées ci-dessus à savoir le sens et la portée de la formule "décision ou ordonnance administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire." C'est la condition qui soulève le plus de difficultés non seulement en raison du fait que la formule utilisée constitue une nouvelle façon de poser le problème de la qualification des fonctions mais aussi parce qu'elle influe sur le choix du forum approprié pour l'exercice du contrôle judiciaire, étant donné le partage de compétence effectué par les articles 18 et 28 de la Loi (17).

Ce mémoire sera divisé en deux parties. Dans la première, nous nous appliquerons à dégager le sens des termes "décision ou ordonnance" et nous verrons les conséquences qui en découlent. Dans la seconde partie nous nous pencherons plus particulièrement sur le sens et la portée qu'il faut attribuer à la formule "décision administrative légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire."

---

(16) Puerto Rico vs Hernandez (1975) 1 R.C.S. 228, motifs du juge Pigeon, pp. 236 à 238. La Cour a jugé qu'un juge de cour de comté agissant en vertu de la Loi de l'extradition est visé par la définition. Voir aussi Lavell vs P.G. du Canada (1971) C.F. 347 et les commentaires de J.E. Côté, (1972) 1 R. du B. Can. 519.

(17) D.J. Mullan, The Federal Court Act: a Misguided Attempt at Administrative Law Reform (1973) U. of T. Law Journal 14, pp. 24, 25, 30 et 31.

## PARTIE I

### LE SENS ET LA PORTEE DES EXPRESSIONS

#### DECISION OU ORDONNANCE

---

L'une des données de base du droit commun du contrôle judiciaire de l'Administration est la qualification des décisions rendues. Habituellement assez complexe (18), l'exercice de qualification implique que la Cour se prononce sur la question de savoir si la décision attaquée est de nature législative, judiciaire, quasi judiciaire ou administrative. Cet exercice de qualification est aussi exigé par l'article 28(1) et nous en traiterons dans la seconde partie de ce mémoire. Mais l'article 28(1) oblige à procéder à un autre genre de qualification. En effet, avant de déterminer si la décision attaquée est une décision de nature législative, judiciaire ou administrative, la Cour doit commencer par établir que la décision est bel et bien une "décision" au sens de l'article 28(1).

21  
Pour traiter du sens et de la portée des expressions "décision ou ordonnance" nous verrons d'abord que l'article 28(1) vise les décisions ou ordonnances des organismes fédéraux qui ont des effets juridiques, puis nous tenterons de dégager les conséquences qui découlent de cette interprétation jurisprudentielle.

---

(18) R. Dussault, Traité de droit administratif canadien et québécois, t. II, Québec, P.U.L., 1974, p. 1221.

## Section I - Le sens des expressions "décision ou ordonnance"

Le texte de l'article 28(1) semble donner une portée très large au terme "décision". Le texte vise non seulement les décisions mais aussi les "ordonnances" ce qui pourrait porter à croire que toutes les décisions intérimaires, les décisions prises avant la décision finale pourraient être portées devant la Cour d'appel. Une telle interprétation pourrait apparaître d'autant plus plausible que le texte ne réfère pas seulement aux décisions rendues mais aussi aux décisions rendues "à l'occasion de procédures" devant un organisme fédéral.

Dans cette section nous verrons que la Cour d'appel a toutefois limité la portée de l'expression. Seules les décisions qui ont des effets juridiques sont soumises à l'examen de la Cour d'appel. Ceci implique que ce que l'on veut attaquer constitue bien une décision et non une simple expression d'opinion. L'autre implication de cette interprétation c'est que le pourvoi de l'article 28(1) ne sera possible que dans le cas des décisions ultimes des organismes fédéraux. Nous verrons aussi que cette interprétation s'applique également aux "ordonnances".

### I - Les décisions qui ont des effets juridiques

Dès le 21 juin 1971, le juge en chef de la Cour fédérale exprimait l'avis que le sens à attribuer aux expressions "décision ou ordonnance" est la question la plus importante à trancher relativement à l'application de l'article 28. Le juge n'avait pas à décider de la question mais il a soulevé le problème

et il a même affirmé, en obiter, qu'il estimait que seules les décisions ultimes des organismes fédéraux pouvaient faire l'objet d'un examen par la Cour d'appel. Il écartait du même coup les "innombrables décisions ou ordonnances que le tribunal doit rendre au cours de procédures qui aboutissent au prononcé du jugement" et, à titre d'exemples, il mentionnait expressément:

- a) des décisions relatives aux dates d'audition,
- b) des décisions sur des requêtes en ajournement,
- c) des décisions concernant l'ordre d'audition des parties,
- d) des décisions ayant trait à l'admissibilité de la preuve,
- e) des décisions sur des objections à des questions posées aux témoins, et
- f) des décisions sur l'autorisation de présenter une argumentation écrite ou orale (19).

Ultérieurement, le juge en chef eut l'occasion de préciser ce qu'il entendait par décision ultime (20) et il écrivait dans In re Danmore Shoe Co. Ltd.:

Une décision susceptible d'annulation en vertu de l'article 28(1) doit donc être une décision prise dans l'exercice ou le prétendu exercice d'une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement ... Une décision de ce genre a pour effet juridique de régler l'affaire ou elle prétend avoir cet effet. Une fois que, dans une affaire donnée, le tribunal a exercé sa compétence ou ses pouvoirs en rendant une "décision", la question est tranchée et même le tribunal ne peut y revenir ... (21)

---

(19) National Indian Brotherhood et al vs Juneau et al (1971) C.F. 73, pp. 77 à 79.

(20) Re Proc. Général du Canada et Cylien (1973) C.F. 1166, 43 D.L.R. (3d) 590; Bay vs La Reine (1974) C.F. 523; In re Danmore Shoe Co. Ltd. (1974) C.F. 22.

(21) Ibid., p. 28.

Plus loin, le juge en chef ajoute:

...au cours de l'audition, on peut rendre des décisions incidentes qui, lorsque l'affaire est tranchée, peuvent fonder l'annulation de la décision définitive au motif que le tribunal, en se fondant sur des décisions incidentes, n'a pas observé un principe de justice naturelle en rendant la décision attaquée. A mon avis, ni le refus de procéder aux enquêtes pertinentes, ni aucune autre décision incidente prise au cours de l'audition ne constituent une "décision" susceptible d'annulation en vertu de l'article 28(1). Ni un refus, ni une décision de cet ordre n'a, ou ne prétend avoir, d'effet juridique, même à l'égard du tribunal (22).

Il faut donc que l'organisme ait épuisé l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi pour que la décision entre dans les cadres de l'article 28(1). En d'autres mots, il faut que la décision soit définitive ou ultime. Et, la raison pour laquelle il faut que la décision soit ultime c'est que la décision doit avoir des effets juridiques.

Comme ces extraits l'indiquent clairement, cette interprétation implique que les décisions intérimaires ou incidentes rendues au cours du processus décisionnel ne sont pas visées par l'article 28(1). Mais, étant donné que cette conclusion découle du fait que les décisions incidentes n'ont pas d'effet juridique, il en résulte que toutes les décisions qui ne produisent pas d'effet juridique sont exclues de l'article 28(1).

Dans le langage courant, on peut qualifier de "décision" des prises de position qui ne sont pas des décisions au sens de l'article 28(1). Ce serait le cas d'une opinion émise par une

---

(22) Ibid., p. 30.

personne agissant en vertu d'une loi fédérale. Cette opinion ne constitue pas une décision au sens de l'article 28(1) de la Loi si la décision ne lie pas les personnes qui pourraient être affectées par l'opinion: il faut que la décision ait des effets juridiques.

Ainsi dans Bay vs La Reine (23), le registraire avait refusé d'inscrire une personne sur la liste d'une bande d'indiens. Dans ses motifs du jugement, le juge Pratte de la Cour d'appel écrit que ce refus

n'a aucun effet juridique quelle que soit l'importance des effets pratiques de sa décision; un tel refus ne règle aucunement la question du droit à l'enregistrement ni ne prétend régler cette question: le refus ne lie personne. Il ne s'agit pas d'une décision au sens de l'article 28(1). (24)

Le même juge en arrive à la même conclusion dans Lingley (25) où la "décision" attaquée était celle d'une commission qui ne faisait que des recommandations au lieutenant gouverneur en conseil du Nouveau-Brunswick. Selon le juge, si une décision a des effets juridiques, c'est celle du lieutenant gouverneur en conseil et non celle de la commission qui ne fait que des recommandations (26).

---

(23) n. 20

(24) Ibid., p. 530. Voir aussi Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. vs M.N.R. (1976) 1 C.F. 314 et Woon vs M.N.R. 50 D.T.C. 871, p. 875 où la Division de première instance et la Cour de l'Echiquier affirment le même principe.

(25) Lingley vs Comm. d'examen du N.-B. (art. 547 du Code criminel) (1976) 1 C.F. 98.

(26) Nous verrons les autres implications de l'exclusion de ce genre d'opinions ou de prises de position dans la section II de cette partie ainsi que dans la Partie II de ce mémoire.

L'autre conséquence découlant du fait que la décision visée par l'article 28(1) est celle qui a des effets juridiques, c'est qu'il faut que la décision attaquée soit la décision ultime d'un organisme fédéral et non une décision incidente ou intérimaire. Nous verrons maintenant des exemples d'application de cette règle.

Dans In re Cannett Freight Cartage (27), la Cour d'appel a annulé la décision du C.C.R.T. accréditant un agent négociateur d'un groupe d'employés qui, en vertu des règles du droit constitutionnel, ne constituaient pas des employés soumis au Code canadien du travail. La Cour d'appel était compétente parce que la décision attaquée était la décision ultime du C.C.R.T. et non une décision intérimaire du même organisme comme ce fut le cas dans B.C. Packers Ltd., vs C.C.R.T. (28). Dans cette dernière affaire, la Cour d'appel s'était déclaré incompétente pour entendre une demande d'examen et d'annulation parce qu'elle visait la décision prise par le C.C.R.T. au début d'une audition à l'effet qu'il avait le pouvoir de se prononcer sur l'argument d'inconstitutionnalité soulevé par le procureur de l'employeur.

Notons aussi les exemples jurisprudentiels suivants:

- le refus du Comité de revision de la Commission canadienne des Transports d'ajourner une audition ne constitue pas une décision au sens de l'article 28(1) (29) pas plus que

---

(27) (1976) 1 C.F. 174. Voir aussi Yellowknife vs C.C.R.T. (1976) 1 C.F. 387.  
(28) (1973) C.F. 1194.  
(29) Wardair Canada Ltd. vs C.C.T. (1973) C.F. 597, pp. 601 et 602.

la décision de la Commission du Tarif d'admettre certains éléments de preuve (30);

- la décision du juge d'extradition d'émettre un mandat d'incarcération en vertu de la Loi sur l'extradition (31) de même que celle de refuser de permettre l'extradition d'une personne (32) sont des décisions visées par l'article 28(1);

- la décision du président d'un conseil d'arbitrage de refuser l'autorisation d'en appeler en vertu de l'article 96 de la Loi sur l'assurance-chômage constitue une décision visée par l'article 28(1) (33) de même que le refus d'un enquêteur spécial agissant en vertu de la Loi sur l'immigration d'autoriser la libération conditionnelle d'une personne se trouvant sous le coup d'une ordonnance d'expulsion (34);

- la décision de la Commission du Tarif, prise avant que l'affaire ne soit entendue au fond, qu'elle n'avait pas le pouvoir de décider de la validité des directives adoptées en vertu de la loi applicable ne fut pas considérée comme étant une décision visée par l'article 28(1) (35);

- la décision de la Commission d'appel de l'immigration

---

(30) In re Danmore Shoe Co. Ltd., n. 20. Comparer à In re l'extradition de Wong Shue Teen (1975) C.F. 573 où la décision ultime d'un juge d'extradition fut annulée parce que la preuve sur laquelle il s'était fondée pour décider était irrecevable.

(31) Armstrong vs l'Etat du Wisconsin (1972) C.F. 1228.

(32) Puerto Rico vs Hernandez, n. 16.

(33) In re Mahaffey (1974) 2 C.F. 801; 52 D.L.R. (3d) 469.

(34) Edwards vs Le Min. de la main d'oeuvre et de l'imm. (1975) C.F. 3.

(35) In re Danmore Shoe Co. Ltd., n. 20.

de permettre à un appelant de présenter une preuve et faire valoir ses arguments pour tenter d'établir qu'il était un "réfugié" au lieu de trancher la question en se fondant uniquement sur la déclaration exigée de l'appelant ne constitue pas une décision visée par l'article 28(1) (36).

La jurisprudence de la Cour Fédérale est constante sur la question sauf pour les jugements dans In re McKendry (37) et Succession Grauer vs La Reine (38) qui furent prononcés avant In re Danmore Shoe Co. Ltd. et In re Cylien (39) qui ont clairement établi les règles. Dans In re McKendry, assez curieusement, le juge en chef ne se prononce pas sur la question de savoir si la décision est ultime ou non. La question ne fut probablement pas soulevée mais le juge en chef semble prendre pour acquis que la décision est visée par l'article 28(1) même si, d'après les motifs du jugement, la demande ne portait pas sur la décision ultime de l'arbitré appelé à se prononcer sur le grief. L'on peut estimer que la demande aurait tout aussi bien pu être rejetée au motif que la décision n'était pas ultime que parce que l'arbitre avait rendu une décision bien fondée en droit.

Dans Succession Grauer, dans un obiter il est vrai, le juge de la Division de première instance affirmait que si l'organisme en cause exerçait des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires -- ce qu'il n'admettait pas -- "sa décision de rejeter

---

(36) In re Cylien, n. 20.

(37) (1973) C.F. 126.

(38) (1973) C.F. 355.

(39) n. 20

la demande d'ajournement a été rendue à l'occasion de procédures devant lui et que c'est la Cour d'appel qui a compétence pour annuler ou examiner cette ordonnance" (40). Evidemment, une telle interprétation contredit celle qui fut subséquemment retenue par la Cour d'appel.

Signalons aussi, dans un autre ordre d'idées, que dans Puerto Rico vs Hernández (41) la Cour Suprême du Canada a jugé que l'article 28(1) vise autant les décisions en matière criminelle qu'en matière civile lorsque la décision est rendue par un organisme fédéral au sens de l'article 2(g) de la Loi sur la Cour fédérale et non par les Cours supérieures de juridiction criminelle (42).

## II - Les ordonnances "ultimes"

Un organisme visé par la Loi sur la Cour fédérale peut être appelé à rendre non pas des décisions proprement dites mais des ordonnances. Aucun problème ne fut soulevé en jurisprudence à cet égard et il est probable que le terme ne soulèvera pas de difficultés dans les cas où le texte législatif applicable réfère spécifiquement au terme "ordonnance".

C'est ainsi que l'article 155, du Code canadien du travail prévoit que si une convention collective ne contient pas une clause de règlement définitif des griefs portant sur l'interpréta-

---

(40) n. 38.

(41) n. 16

(42) Supra, p. 5 pour le sens de l'article 2(g) de la Loi. Voir n. 11 pour le texte de l'article 2(g).

tion de ladite convention collective, le Conseil canadien des relations de travail doit 'par ordonnance' établir une telle clause (43). L'article 18(2) de la Loi sur l'extradition stipule que si une preuve suffisante pour lancer un mandat d'incarcération du fugitif n'est pas produite, le juge 'ordonne' qu'il soit élargi (44). L'article 10 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions stipule qu'un juge peut rendre une 'ordonnance' enjoignant à un agent de police de donner accès au directeur des enquêtes sur les coalitions à tous les documents se trouvant dans certains locaux (45). L'enquêteur spécial agissant en vertu de l'article 27(3) de la Loi sur l'immigration peut prononcer des 'ordonnances' d'expulsion (46).

Les exemples qui précèdent sont tirés de la jurisprudence et dans chacun des cas l'ordonnance était visée par l'article 28(1).

Dans les cas où le texte législatif ne parle pas expressément d'une 'ordonnance' l'un des problèmes qui pourraient survenir serait possiblement de distinguer une ordonnance d'une "décision incidente ou interlocutoire" prise avant la décision ultime. Dans In re Danmore Shoe Co. Ltd. le juge en chef établit une distinction entre les 'décisions incidentes' et les 'ordonnances'

---

(43) C.K.C.H. Radio Ltée vs C.C.R.T. (1976) 1 C.F. 3.

(44) Puerto Rico vs Hernandez, n. 16.

(45) In re Shell Canada Ltd. (1975) C.F. 184.

(46) Voir, par exemple, Hinton vs Le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'immigration (1975) C.F. 17; Yuk-King Chan vs Le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'immigration (1975) C.F. 569.

mais, il le fait pour souligner qu'un organisme peut avoir un pouvoir spécial de rendre des décisions 'interlocutoires ou incidentes' ayant un effet juridique indépendamment d'une décision ultime, ce qui pourrait modifier la règle qu'il établit (47). Si un organisme se voyait conférer un tel pouvoir spécial, il faudrait alors considérer les termes utilisés par le législateur et il est probable que les critères dégagés par la jurisprudence pour décider si la décision est visée par l'article 28(1) s'appliqueraient. Il faudrait, en somme, que la 'décision interlocutoire ou incidente' tout comme une 'ordonnance' soit ultime. En dernière analyse, le vocabulaire utilisé peut varier mais les critères applicables seraient probablement les mêmes.

Ainsi, en vertu de l'article 174 de la Loi de l'impôt sur le revenu (48), le Ministre du Revenu national peut demander à la Commission de révision de l'impôt de se prononcer sur des cotisations relatives à plus d'un contribuable lorsqu'une même transaction ou un même événement ou qu'une série de transactions ou d'événements a donné naissance à une question de droit, de fait ou de droit et de fait qui se rapporte à ces cotisations. La ver-

---

(47) N. 20, au bas de la p. 30:

"A moins, bien sûr, que le tribunal ait le pouvoir spécial de rendre de telles décisions interlocutoires de manière à leur donner un effet juridique indépendant. Il faut souligner que nous examinons ici la portée du terme 'décision' à l'art. 28(1). Des considérations tout à fait différentes s'appliqueraient au cas d'une demande d'annulation d'une ordonnance." La version anglaise de cette dernière phrase étant: "Entirely different considerations may be applicable in the case of an application to set aside an 'order'", la traduction française n'est pas juste.

(48) S.C. 1970-71-72, ch. 63.

sion anglaise de cet article 174 stipule que la Commission fait "a determination of the question" alors que la version française dit que la Commission peut "statuer" sur une telle question et qu'elle rend une "décision". Cette "détermination" ou cette "décision" peut faire l'objet d'un examen par la Cour d'appel en vertu de l'article 28 de la Loi (49). L'on peut estimer que si, par hypothèse, la Commission de révision de l'impôt refusait de permettre au procureur du Ministre du Revenu national d'intervenir à l'audition conduisant à sa décision ultime en vertu de l'article 174, ce refus ne serait pas une "décision ou ordonnance" au sens de l'art. 28(1).

Il en serait de même, à notre avis, si la Commission refusait d'entendre le procureur du Ministre du Revenu national lors de l'étude d'une demande de prolongation du délai d'opposition à une cotisation présentée en vertu de l'article 167 de la Loi de l'impôt sur le revenu. Le texte précise que la Commission peut rendre une "ordonnance" de prolongation de délai et il faudrait attendre que la Commission ait épuisé son pouvoir en rendant son ordonnance ultime avant de porter l'affaire devant la Cour d'appel sous l'empire de l'article 28 (50).

A l'appui de la thèse voulant que les règles dégagées par la jurisprudence sur le sens du terme 'décision' s'appliquent aussi au terme 'ordonnance', il est intéressant de noter que dans C.K.C.H. Ltée vs C.C.R.T., le juge Pratte est saisi d'une demande

---

(49) A.G. of Canada vs Weaver 75 D.T.C. 5462; (1976) 1 C.F. 423.

(50) Evidemment, il faudrait aussi établir que l'ordonnance serait de nature judiciaire ou administrative mais soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire pour satisfaire à toutes les exigences de l'article 28(1).

d'examen d'une ordonnance mais dans ses motifs du jugement il parle de la 'décision' attaquée (51) et le juge en chef fait de même dans In re Shell Canada Ltd. (52). Dans Armstrong vs l'Etat du Wisconsin, le juge Thurlow de la Cour d'appel exprime l'avis qu'un mandat d'incarcération émis en vertu de l'article 18 de la Loi sur l'extradition "constitue bien une 'ordonnance' et l'acte du juge d'extradition lorsqu'il l'émet est bien une 'décision' au sens de l'article 28 de la Loi..." (53). Par conséquent, le juge Thurlow semble assimiler les deux termes.

En dernière analyse, il semble bien que le mot 'ordonnance' a été inclus à l'article 28(1) pour éviter tout doute dans les cas où un texte législatif mentionne expressément le terme. Dans Puerto Rico vs Hernandez, le juge Pigeon de la Cour Suprême du Canada écrit:

On a énergiquement prétendu que le refus d'incarcérer l'intimé n'était pas une décision ou une ordonnance. A ce sujet il faut remarquer que le savant juge a agi en vertu d'une disposition de la Loi sur l'Extradition qui se lit comme suit:

18.(2) Lorsque la preuve n'est pas produite, le juge ordonne qu'il soit élargi. (J'ai mis le mot en italique).

Aucune raison n'a été apportée pour donner aux termes 'décision ou ordonnance' contenus dans l'article 28(1) ... un sens différent de leur sens ordinaire." (54)

La Cour aurait probablement conclu de la même façon même si le

---

(51) N. 43, p. 5: "C'est la légalité de cette décision que conteste la requérante."

(52) N. 45, p. 190: "La demande en vertu de l'article 28 vise à faire annuler cette décision."

(53) N. 31, p. 1233.

(54) N. 16, p. 240.

texte de loi en cause n'avait pas utilisé le terme 'ordonne', mais le fait de retrouver le mot 'ordonnance' à l'article 28(1) a facilité les choses.

## Section II - Conséquences de cette interprétation

La Cour d'appel n'ayant compétence que sur les décisions ayant des effets juridiques et, par conséquent sur les véritables décisions et les décisions ultime des organismes fédéraux, il nous faut maintenant nous interroger sur les conséquences qui découlent de cette interprétation. Nous verrons que la Cour d'appel assimile pour certaines fins le recours de l'article 28 à un certiorari dépouillé de certaines de ses caractéristiques classiques. Ceci a pour effet de conférer compétence à la Division de première instance sur les décisions des organismes fédéraux qui ne sont pas ultimes.

### I. Le recours de l'article 28(1) est, à certains égards, un recours en certiorari modifié par le législateur

Il est certainement possible d'établir des liens étroits entre le recours de l'article 28(1) et le bref de certiorari. A première vue, le recours de l'article 28(1) est un recours en certiorari modifié en ce sens qu'il s'applique aux cas qui, traditionnellement, pouvaient faire l'objet d'un bref de certiorari mais il est plus large que le certiorari traditionnel. En effet, les motifs qui permettent de demander à la Cour d'appel d'exercer son pouvoir d'examen et d'annulation sont sensiblement les mêmes que ceux qui sont établis par la jurisprudence mais ils furent

modifiés. Le juge en chef Jakkett s'exprime de la façon suivante sur la question:

En substance, ces motifs (ceux des alinéas (a), (b) et (c) de l'article 28(1)) sont semblables à ceux qui donnent ouverture au certiorari. Toutefois, comme ils ont été repris dans la rédaction même de la loi, les décisions en matière de certiorari ne s'appliquent pas nécessairement. En outre, certaines règles jurisprudentielles relatives au certiorari sont certainement inapplicables étant donné les termes employés par le législateur. Je pense en particulier à la possibilité d'invoquer une erreur de droit, qu'elle ressorte ou non au vu du dossier." (55)

En outre, la qualification des décisions est différente, comme le souligne encore le juge en chef Jakkett:

... il convient de remarquer que, contrairement au certiorari, rien n'exige en l'espèce qu'une décision ou ordonnance ait un caractère judiciaire pour qu'elle puisse faire l'objet d'un examen et d'une annulation en vertu de l'article 28(1). En d'autres termes, l'article 28(1) n'est pas limité aux décisions des tribunaux inférieurs. (56)

Si le recours de l'article 28(1) de la Loi est un recours en certiorari modifié, il faudrait donc continuer d'appliquer la jurisprudence qui existe quant à ce recours dans les cas où cette jurisprudence n'a pas été modifiée par le texte même de la loi. C'est ce que semble faire la Cour fédérale lorsqu'elle décide que les décisions ou les ordonnances qui ne sont pas ultimes ne tombent pas sous le coup de l'article 28(1). Comme la jurisprudence établit une distinction entre l'application du bref de prohibition et le bref de certiorari, la même distinction vaudra

---

(55) W.R. Jakkett, loc. cit., n. 5, p. 102.

(56) Ibid., p.101.

si l'on oppose le bref de prohibition au recours de l'article 28(1).

Essentiellement, la distinction qui existe entre le bref de prohibition et le bref de certiorari c'est que le pouvoir de surveillance et de contrôle pourra s'exercer avant que la décision finale soit rendue si le justiciable demande l'émission d'un bref de prohibition alors qu'il faudra attendre la décision ultime ou finale de l'organisme avant de pouvoir attaquer sa décision par le biais du bref de certiorari (57). Il ressort clairement des motifs du jugement In re Danmore Shoe Co. Ltd. (58) que le juge en chef Jakkett fait la même distinction entre le bref de certiorari et le recours de l'article 28(1). En effet, dans ses motifs du jugement, il s'appuie sur les jugements de la cour Suprême dans Toronto Newspaper Guild vs Globe Printing Company (59) et Bell vs Ontario Human Rights Commission (60), des jugements qui portent sur cette difficile question de la distinction à faire entre le bref de prohibition et le bref de certiorari, particulièrement le jugement Bell.

A titre d'exemple d'application de cette théorie, l'on peut mentionner Union Gas Ltd. vs Transcanada Pipelines Ltd. (61) où la question en litige était de savoir si c'était à bon droit

---

(57) R. Dussault, op. cit., n. 18, pp. 1042 et 1043. Mullan, loc. cit., n. 17, p. 26 souligne que le bref de prohibition peut aussi être utilisé pour empêcher l'exécution d'une décision déjà prise. Dans un tel cas, cependant, l'article 28(1) s'appliquerait puisque la décision ou l'ordonnance aurait déjà été rendue.

(58) N. 20.

(59) (1953) 2 R.C.S. 18.

(60) (1971) R.C.S. 756.

(61) (1974) 2 C.F. 313.

7

que l'Office national de l'Energie avait décidé de restreindre la portée de son enquête eu égard aux dispositions de la loi applicable à l'espèce. Union Gas Ltd. a demandé à la Division de première instance d'émettre un bref de certiorari mais ce bref fut refusé au motif que la décision qu'on voulait faire annuler n'était pas la décision que l'Office était autorisé à rendre en vertu de la loi mais une décision portant sur les considérations dont l'Office devait tenir compte pour parvenir à sa décision finale en vertu de la loi. Le juge Mahoney s'est alors appuyé sur l'opinion émise par le juge en chef dans In re Danmore Shoe Co. Ltd. (62) et a affirmé que cette opinion s'applique autant à une demande d'émission de bref de certiorari en vertu de l'article 18 qu'à une demande en vertu de l'article 28.

S'il faut assimiler le recours de l'article 28 au bref de certiorari sauf dans la mesure où le législateur a modifié ce bref de prérogative, il s'ensuit que le forum du contrôle judiciaire des décisions des organismes fédéraux est scindé entre la Cour d'appel et la Division de première instance de la Cour fédérale. C'est ainsi que, logiquement, le bref de prohibition et le mandamus relève de la division de première instance et la jurisprudence confirme ce fait.

Avant d'étudier spécifiquement le bref de prohibition et le mandamus, à la lumière de ce qui précède, il faut souligner que si la Cour fédérale assimile le recours de l'article 28(1) au

---

(62) N. 20.

certiorari pour certaines fins, il est possible que la Cour Suprême ne considérerait pas les choses sous le même éclairage. Il serait assez surprenant qu'un tel développement survienne mais dans Howarth vs National Parole Board (63), le juge Pigeon écrit que "l'article 28 est une exception à l'article 18 et laisse intacts tous les recours de droit commun dans les cas où l'article 28 ne s'applique pas". (64) Une telle interprétation pourrait signifier que la Division de première instance conserve une certaine compétence en matière de certiorari et nous reviendrons sur la question dans la partie deuxième (65).

Pour l'instant, il est difficile d'attaquer la justesse du raisonnement de la Cour fédérale dans les cas où elle s'est autorisée de la jurisprudence en matière de certiorari pour fonder ses jugements sous l'article 28. Toutefois, il ne faut pas oublier que le droit du contrôle judiciaire de l'Administration étant essentiellement jurisprudentiel, il est difficile de prévoir comment la Cour Suprême pourrait trancher les questions devant une situation de faits précise.

---

(63) 3 N.R. 391; (1976) 1 R.C.S. 453.

(64) Ibid., p. 472. Il faut noter que le juge Dickson qui a écrit les motifs de la minorité (ceux de la majorité étant ceux du juge Pigeon) voit une grande connexité entre les deux recours mais il ne les assimile pas.

(65) Notons immédiatement que dans Union Gas Ltd., supra, n. 61, le juge semble prendre pour acquis qu'il aurait pu émettre un bref même si, finalement, il décide qu'il n'y a pas lieu d'intervenir. Aussi, dans Royal American Shows Inc. vs M.N.R. (1976) 1 C.F. 269, le juge de la Division de première instance rejette une requête du Ministre du Revenu national visant à faire rejeter la demande d'émission d'un bref de certiorari au motif que la Division de première instance n'aurait pas eu compétence.

## II. Le bref de prohibition et le mandamus

Puisque le recours de l'article 28(1) n'est disponible qu'aux fins d'attaquer la décision ou l'ordonnance véritable et ultime d'un organisme fédéral, il en résulte que le refus d'exercer un devoir imposé par la loi pourrait être attaqué devant la Division de première instance par un bref de mandamus. Il en serait de même de la décision d'un organisme de se donner un pouvoir ou une compétence dont il ne serait pas doté.

Dans l'affaire Bay <sup>(66)</sup>, la Cour d'appel fait bien ressortir la différence qui existe entre une décision au sens de l'article 28(1) et le refus d'exercer un devoir légal qui peut donner lieu à l'émission d'un bref de mandamus. Dans cette affaire une personne s'était vu refuser le droit d'être inscrite sur la liste d'une bande d'Iroquois. Dans ses motifs du jugement, le juge Thurlow écrit:

A mon avis, le paragraphe 7(1) (de la Loi sur les Indiens) ne prévoit ni expressément ni implicitement le pouvoir de se prononcer sur la question des droits en cause. A mon avis, dans le cas où la personne a droit d'être inscrite et se voit opposer un refus, le moyen d'obtenir un redressement avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la Cour fédérale n'aurait pas été de considérer ce refus comme une décision susceptible d'être révisée par voie de certiorari, mais il aurait fallu demander un redressement par voie de mandamus, au moment où il aurait eu à faire trancher la question de ses droits, si elle faisait l'objet d'un litige, non au registraire mais à la Cour connaissant de la demande de mandamus. (67)

---

(66) N. 20.

(67) Ibid., p. 527.

Pour sa part, le juge Pratte dit que si "le registraire refuse à tort de porter au registre le nom d'une personne qui a droit d'être inscrite il manque à son devoir," laissant ainsi entendre que le mandamus pourrait permettre d'obtenir un redressement (68).

Dans Mosanto Co. vs Le Commissaire des Brevets (69) le juge de première instance avait conclu que le Commissaire au brevet avait rendu une décision en refusant de permettre à une personne de renoncer à une partie d'un brevet d'invention parce que la loi imposait la présentation d'une demande et celle-ci fut rejetée. Il avait donc jugé que seule la Cour d'Appel était compétente en vertu de l'article 28(1). Mais, la Cour d'Appel a infirmé ce jugement et a émis un bref de mandamus enjoignant le Commissaire d'enregistrer la renonciation qui lui fut soumise (70). Evidemment, la Cour d'Appel a appliqué Bay pour motiver son arrêt de ne pas considérer que la décision en cause était visée par l'article 28(1).

Dans Puerto Rico vs Hernandez le juge Pigeon fait un commentaire qui soulève certaines difficultés lorsqu'il laisse entendre, même s'il dit que cela ne s'appliquerait pas nécessairement à l'espèce, que le bref de mandamus aurait pu être émis contre un juge ayant décidé de façon erronée d'élargir un prévenu dans des procédures d'extradition (71). L'on peut estimer que si l'on avait demandé à la Division de première instance d'émettre un bref de mandamus pour forcer le juge d'extradition à émettre un

---

(68) Ibid, p. 530

(69) 1975 c.f. 197

(70) (1976) 2 c.f. 476. Les motifs sont prononcés par le juge Pratte

(71) N. 16, p. 236

mandat d'incarcération, celle-ci eut été compétente même si, comme il le fut jugé, la Cour d'appel était aussi compétente en vertu de l'article 28(1). Cela soulève un doute sur le choix du forum approprié. A cet égard, il est intéressant de noter que dans Le Commonwealth de Virginie vs Cohen<sup>(72)</sup>, la Division de première instance a rejeté une demande d'émission d'un bref de mandamus visant à contraindre un juge d'extradition à accorder un cautionnement à un prévenu en attendant l'audition de la demande d'extradition. Mais le juge a fondé son jugement non pas sur le fait que la Division de première instance aurait été incompétente mais sur le fait que le dossier des procédures qui s'étaient déroulées devant le juge d'extradition était incomplet et même quelque peu inexact. Pourtant, si l'on applique le jugement de la Cour Suprême dans Puerto Rico vs Hernandez ne s'agirait-il pas d'un cas de la compétence de la Cour d'appel? Le juge, en refusant le cautionnement, n'a-t-il pas rendu une décision?

L'obiter du juge Pigeon auquel nous venons de référer rend plausible la compétence de la Division de première instance mais il serait probablement plus prudent de procéder devant la Cour d'appel, d'autant plus que le jugement de la Cour Suprême fut rendu après le jugement de première instance dans Cohen.

---

(72) (1973) C.F. 622. Il faut noter que dans In re l'extradition de Frank Cotroni (1973) C.F. 1095 le problème posé était différent puisque dans cette affaire on avait demandé à la Cour d'appel --alors saisi d'une demande en vertu de l'article 28(1) d'annuler un mandat émis en vertu de la loi de l'extradition-- d'ordonner par mandamus au juge d'extradition de mettre le requérant en liberté moyennant caution. Le juge d'extradition n'avait pas refusé de ce faire, on ne le lui avait pas demandé.

Il n'y a donc pas de doute que la Division de première instance a compétence pour émettre un bref de mandamus dans les cas appropriés. Outre le jugement Mosanto Co. (73), un mandamus fut émis pour contraindre la Commission d'Appel de l'Immigration à entendre au fond la requête d'une personne visant à obtenir sa libération sous cautionnement (73a). Un bref de mandamus fut émis pour contraindre un fonctionnaire à l'immigration de permettre à une personne de remplir un formulaire de parrainage (73b) et un autre le fut pour obliger le registraire d'armes à feu à exercer ses fonctions sans exiger que le requérant se soumette à la prise d'empreintes digitales et une photographie, ces exigences n'étant pas imposées par la loi (73c).

Dans plusieurs cas, le bref de mandamus fut refusé mais la compétence de la Division de première instance sur ce recours ne fut pas mis en doute (74).

Le bref de prohibition soulève les difficultés que nous avons déjà soulignées --c'est-à-dire la question de savoir si une décision est ultime ou non-- mais il est acquis, d'après la jurisprudence de la Cour Fédérale que la Division de première instance a compétence en la matière.

---

(73) N. 70

(73a) Prata v. le Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration (1972) c.f. 642

(73b) Tsiafakis v. le Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration (1976) 2 c.f. 407

(73c) Walker v. Gagnon (1976) 2 c.f. 155

(74) In re Capital Co-operative (1976) 2 c.f. 627 infirmé par (1976) 2 c.f. 633; Weatherby et al vs Le Ministre des Travaux Publics (1972) c.f. 952; Szaboszloi vs J.M. Hamel, directeur général de élections et al (1972) c.f. 1020; Centennial Grocery Brokets Lt vs Le registraire des marques de commerces (1972) c.f. 257; National Indian Brotherhood et al vs Pierre Juneau et al (1971) c.f. 498; In re MacMillan Bloedel Industries Ltd (1974) c.f. 611 Kaps Transport Ltd vs C.C.T. (1973) c.f. 739; Rossi vs La Reine (1974) 529; Auger vs Le Service canadien des pénitenciers (1975) c.f. 330.

C'est ainsi que dans Re Cathcart and Public Service Commission (75) le juge Smith de la Division de première instance a jugé que le fait que l'on remette à un comité d'appel, avant l'audition, tout le dossier de la personne qui interjetait appel contre son renvoi, créait un risque suffisant de partialité pour empêcher le comité d'entendre l'appel (76). Un bref de prohibition fut donc émis pour empêcher le comité d'agir. Il en fut de même dans Steve Dart Co. vs La Commission d'arbitrage (77) où le juge Addy a conclu que la Commission qui prétendait exercer certains pouvoirs n'avait pas d'existence légale, le règlement la créant ultra vires des pouvoirs conférés par la loi.

Finalement, dans Kalicharan vs le Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration (77a), un bref de prohibition fut décerné pour empêcher l'exécution d'une ordonnance d'immigration. Kalicharan avait été trouvé coupable de vol d'où l'ordonnance d'expulsion. Toutefois, la Cour d'appel l'ayant libéré sous condition, sa culpabilité était réputée n'avoir jamais été prononcée.

Dans B.C. Packers Ltd et al vs C.C.R.T. (78) la Cour d'appel a jugé que la décision du C.C.R.T. de se déclarer compétent pour se prononcer sur des demandes d'accréditation n'était pas visée

---

(75) 56 D.L.R. (3d) 1; (1975) c.f. 407

(76) Mullan, supra, n. 17, p. 27, avait souligné que la réforme réalisée par la Loi sur la Cour Fédérale mènerait à ce résultat plutôt étonnant qu'en matière de prohibition il y avait possibilité de s'adresser d'abord à la Division de première instance pour ensuite en appeler à la Cour d'appel. Donc, un échelon de plus est ouvert dans la hiérarchie judiciaire, à la différence de ce qui existe s'il faut s'adresser d'abord à la Cour d'appel en vertu de l'article 28.

(77) (1974) 2 c.f. 215

(77a) (1976) 2 c.f. 123

(78) Supra, n. 28

par l'article 28(1). Aux parties désireuses de faire trancher rapidement des questions de ce genre, la Cour d'appel a suggéré de recourir au bref de prohibition devant la Division de première instance. Toutefois, d'ajouter la Cour, le meilleur moyen de ce faire serait encore un renvoi en vertu de l'article 28(4) de la loi. Cependant cette procédure n'est disponible que dans les cas où le tribunal lui-même renvoie l'affaire à la Cour d'appel (79). Certaines demandes d'émission d'un bref de prohibition furent rejetées au fond et non parce que la Division de première instance n'était pas compétente, (80) sauf dans Succession Grauer (81).

Le sens à donner aux mots "décision ou ordonnance" constitue donc la première qualification qu'impose l'article 28(1) de la loi. Cette qualification détermine, en grande partie, le choix du bon forum. Dans la seconde partie de ce travail, nous verrons qu'il faut aussi recourir à la qualification classique des décisions rendues même si elle est modifiée par la formule utilisée à l'article 28(1). Cette qualification classique a aussi son importance quant au choix du bon forum.

---

(79) L'article 28(4) stipule:

"Un office, une commission ou un autre tribunal auxquels s'applique le paragraphe (1) peut, à tout stade de ses procédures, renvoyer devant la Cour d'appel pour audition et jugement, toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

Voir: In re la loi sur les relations de travail dans la fonction publique (1973) c.f. 604 où la Cour a décidé qu'il n'y avait pas lieu à renvoi parce que celui-ci n'avait pas été demandé par un tribunal. Dans Martin Service Station Ltd vs M.N.R. (1974) c.f. 398, de même que dans In re Pipeline Gaz Artique Canadien Ltée (1976) 2 c.f. 20, la Cour d'appel s'est prononcée sur un renvoi

(80) Douglas vs le Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration (1972) c.f. 1050; Mitsui and Co. Ltd et al vs Buchanan et al (1972) c.f. 944; Bell Canada vs Palmer (1973) c.f. 982

(81) Notes 38 et 40

PARTIE II

LES DECISIONS ADMINISTRATIVES NON LEGALEMENT SOUMISES  
A UN PROCESSUS JUDICIAIRE OU QUASI JUDICIAIRE

---

D'après les termes de l'article 28(1) de la Loi, seules les décisions (81a) administratives qui ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire ne peuvent pas faire l'objet d'un pourvoi en examen devant la Cour d'appel fédérale. Cette façon de conférer compétence à la Cour d'appel surprend quelque peu au premier abord parce que le législateur s'exprime de façon négative. Au lieu d'affirmer, comme semblerait l'exiger la logique du droit du contrôle judiciaire, que les décisions judiciaires ou quasi judiciaires, par exemple, tombent sous le coup de l'article 28(1), le législateur procède par exclusion.

En excluant une certaine catégorie de décisions a-t-il voulu couvrir tous les autres genres de décisions? Si tel est le cas, les décisions suivantes seraient, théoriquement, visées par l'article 28(1):

- les décisions de nature législative;
- les décisions de nature judiciaire;
- les décisions de nature quasi judiciaire;
- les décisions de nature administrative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire (82).

---

(81a) Dans cette partie nous assimilons le terme "ordonnance" au terme "décision".

(82) R. Dussault, op. cit. n. 18, pp. 1232 et 1258 à 1261 (suite de cette note au bas de la page suivante)

Dans cette partie deuxième, nous établirons que cette hypothèse se vérifie mais jusqu'à un certain point seulement puisque le texte de la formule utilisée oblige à reviser quelque peu les notions traditionnelles relatives à la qualification des décisions rendues par l'Administration. Ainsi, si les décisions de nature législative sont visées par l'article 28(1), il faut considérer la qualification des décisions de nature judiciaire et quasi judiciaire de façon différente en raison de l'existence de la catégorie de décisions dites administratives non légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire et, surtout, en raison de l'interprétation qu'en a donné la Cour Suprême du Canada dans Howarth (83).

En somme, nous tenterons de dégager le sens et la portée de la formule utilisée par le législateur. Dans la première section, nous verrons le sens qu'il faut donner aux termes "légalement soumis à un processus judiciaire ou quasi judiciaire". Dans la seconde, nous signalerons les conséquences qui découlent de l'utilisation de la formule à la lumière de la jurisprudence.

Section I - Le sens des termes "légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire"

Confirmant le jugement de la Cour d'appel fédérale,

---

L'auteur assimile, avec raison, les décisions de nature quasi judiciaire aux décisions de nature judiciaire pour les fins du contrôle judiciaire. Nous les avons séparés pour les fins de notre exposé.

(83) N. 63.

dans Howarth vs Commission nationale des libérations conditionnelles (84), par une majorité de 5 à 3, la Cour Suprême a jugé que le mot "légalement" contenu dans la formule utilisée à l'art. 28(1) signifiait d'après les textes législatifs ou d'après le droit statutaire par opposition au droit jurisprudentiel. (85)

Dans cette affaire, la Cour Suprême fut appelée à se prononcer sur la question de savoir si la décision de la Commission des libérations conditionnelles de révoquer la libération conditionnelle de Howarth était une décision administrative légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire au sens de l'article 28(1). La Commission des libérations conditionnelles avait commencé par priver temporairement Howarth de la libération conditionnelle dont il bénéficiait depuis deux ans après qu'il eut été accusé d'assaut indécent. L'accusation portée contre lui fut retirée mais, quatre jours après le retrait, sa libération fut révoquée. La commission ne donna pas à Howarth l'occasion de s'expliquer avant de rendre sa décision et elle refusa de lui donner les motifs de sa décision.

La Cour Suprême a confirmé le jugement unanime de la Cour d'appel à l'effet que la décision rendue par la Commission était, à n'en pas douter, une décision de nature administrative conformément au jugement de la Cour Suprême dans Ex Parte McCaud (86) où le juge Spence (alors de la Cour d'Appel de l'Ontario)

---

(84) Ibid.

(85) Ces termes ne sont pas utilisés par la Cour; cela découle d'une analyse du jugement.

(86) (1965) 1 C.C.C. 168.

avait qualifié une décision de la Commission des libérations conditionnelles de "decision within the discretion of the Parole Board as an administrative matter and is not in any way a judicial determination". (87)

Pour le juge Pigeon qui a écrit les motifs de la majorité, en adoptant la Loi sur la Cour fédérale, le législateur était présumé connaître ce jugement de la Cour Suprême et l'article 28(1) utilise une expression "qui n'est pas soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire" semblable à l'expression utilisée par le juge Spence, c'est-à-dire, "n'est aucunement une décision judiciaire." Puis, il ajoute que l'obligation faite à la Commission des libérations conditionnelles, par une modification apportée à la loi en 1968-69, "d'effectuer toutes les enquêtes nécessaires" avant d'annuler une suspension ou de révoquer la libération conditionnelle n'a pas changé la nature de la décision (88).

Nous verrons plus loin les autres implications de cet arrêt mais, pour le moment, soulignons qu'il établit clairement que c'est dans le texte législatif ou dans le droit statutaire et non dans la jurisprudence qu'il faut chercher à découvrir si une

---

(87) Ibid. p. 170.

(88) Howarth, supra, n. 63, p. 473: "...je ne puis convenir que l'addition d'une directive explicite prescrivant d'effectuer des enquêtes ait changé l'examen administratif de la suspension des libérations conditionnelles par la Commission ... en un acte judiciaire ou quasi judiciaire. "Les juges dissidents sont d'avis contraire. Le juge Dickson, qui a écrit les motifs des dissidents, estime que l'exigence des enquêtes implique l'obligation de procéder selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

décision par ailleurs de nature administrative est ou n'est pas assujettie à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

Cet arrêt de la Cour Suprême a eu pour effet de renverser l'interprétation antérieure de la Cour d'appel fédérale dans Blais vs Basford (89) où le juge Thurlow écrivait:

Ceci (la formule de l'art. 28) me semble vouloir dire que toute décision purement administrative, telle que, par exemple, la décision d'un ministre d'acheter une automobile pour son ministère ne fait pas l'objet d'un examen mais que, lorsque la décision est légalement soumise --ce qui inclut la common law, dont l'application permettra de combler les lacunes de la loi...-- à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, la décision peut être examinée. (90)

Cette interprétation du juge Thurlow apparaissait "pleinement justifiée" à R. Dussault (91) et ce sont les motifs de la minorité dans Howarth, soit les juges Dickson, Laskin et Spence (92).

---

(89) (1972) C.F. 151.

(90) Ibid., p. 162. Voir aussi les motifs du même juge Thurlow dans Lazarov vs Le Secrétaire d'Etat du Canada (1973) C.F. 927 où la Cour d'appel a jugé qu'en refusant d'accorder la citoyenneté canadienne à une personne le demandant, le Ministre doit agir de façon judiciaire ou quasi judiciaire, même si le texte législatif ne l'exige pas. Ce dernier jugement fut commenté par H. Brun, La mort de la discrétion administrative (1974) 52 R. du B. Can. 426.

(91) Op. cit., n. 18, p. 1233.

(92) Pour bien montrer la difficulté du problème, soulignons que le juge Spence avait donné les motifs du jugement dans Ex Parte McCaud, n. 72, mais il est dissident dans Howarth. Voir les commentaires de G. Pépin, Droit administratif, 1975 R. du B. 116, p. 120. En outre, les motifs du juge Thurlow dans Howarth (1973) C.F. 1018 semblent contredire les motifs qu'il donnait dans Blais vs Basford, n. 75 et Lazarov, n. 76. Il faut dire, toutefois, que l'existence de l'arrêt Ex Parte McCaud fut un facteur important et pour le juge Thurlow et pour le juge Pigeon dans Howarth.

La question semble donc être tranchée. Puisque telle est l'interprétation qu'il faut donner au terme "légalement" le problème qui se pose est celui de déterminer, dans chaque cas, si le texte législatif soumet la décision à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Cette exigence peut être exprimée de façon expresse ou de façon implicite dans le texte législatif et, essentiellement, elle implique que la décision "ne doit être rendue qu'après qu'on a fourni à la personne en cause la possibilité d'être entendue." (93)

Cette exigence légale de donner aux parties intéressées la possibilité d'être entendue est explicitement établie dans le texte de la Loi sur l'immigration en ce qui concerne l'enquêteur spécial (94). Dans Schrivasta vs Le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'immigration (95), le juge en chef Jakkett écrit:

... l'enquêteur spécial est, à mon avis, un fonctionnaire du ministère qui exécute des fonctions purement administratives même si celles-ci consistent en partie à prendre des décisions soumises à un processus quasi judiciaire.

Dans certains cas, la Cour fédérale a jugé qu'implicitement les textes législatifs applicables exigeaient qu'on fournisse à la personne en cause la possibilité d'être entendue. Dans McCleery vs La Reine (96) les règlements adoptés en vertu

---

(93) W.R. Jakkett, loc. cit., n. 5, p. 99, note 9.

(94) 1970 S.R.C. ch. 1-2, articles 11 et 26.

(95) (1973) C.F. 138.

(96) (1974) 2 C.F. 339. Cet arrêt fut suivi, sur ce point, dans Kedward vs La Reine (1976) 1 C.F. 57 où il s'agissait aussi du renvoi d'un membre de la Gendarmerie royale.

de la loi exigeaient que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada soit "immédiatement informé de toute recommandation faite en vue de son licenciement" et qu'en même temps on l'informe "de son droit d'appeler de cette recommandation auprès du Commissaire." Ces exigences furent jugées suffisantes pour permettre à la Cour d'appel de conclure que la décision était soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Par ailleurs, l'article 81(4) de la Loi sur les Pensions autorisant le Gouverneur en conseil à édicter des règlements pour prescrire la procédure à suivre devant le Conseil de révision des pensions, il en résulte, selon la Cour d'appel, que le Conseil s'est vu contraint par le législateur à donner aux parties intéressées l'occasion de se faire entendre même si, aucun règlement à cet effet n'a été adopté. (97) Le texte législatif a permis au juge de la Division de première instance de conclure de la même façon dans Mosanto Co. vs Le Commissaire des brevets (98). Dans Re Darnel and Pacific Pilotage Authority (99) deux décisions étaient en cause. La première était celle de l'autorité de pilotage confirmant la directive du président de l'organisme de suspendre le permis de Darnel pour une période de 15 jours. Une décision subséquente fut prise suspendant le permis pour une autre période de 15 jours. Alors que la première décision n'était pas soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, la seconde l'était puisque le texte législatif stipulait qu'on devait donner au pilote un avis écrit des mesures

---

(97) Amputés de guerre vs. Le Conseil de révision des pensions  
55 D.L.R. (3d) 724; (1975) C.F. 447.

(98) N. 69. Jugement renversé mais sur le sens du mot "décision", n.70

(99) (1975) 51 D.L.R. (3d) 603 (C.A.F.).

que l'autorité entendait prendre et les raisons motivant ces mesures.

Dans d'autres cas, il fut jugé que les textes législatifs ne contenaient pas des termes suffisamment clairs pour conclure que le législateur voulait que le processus judiciaire ou quasi judiciaire soit respecté. Outre Howarth (100), il faut noter Re Sabre International Ltd. and M.N.R. (101). Dans cet arrêt la Cour d'appel a conclu qu'en décidant, de façon préliminaire, qu'il y avait eu dumping de produits sur le marché canadien, le Sous-Ministre du Revenu prenait une décision administrative non légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Le juge en chef Jackett motive son jugement en spécifiant:

I do not come to this conclusion without considerable doubt as to its correctness. I have taken into consideration the requirements of s. 13(5) re notices of the investigation preceding the preliminary determination and also the fact that the Canadian manufacturer whose complaint gives rise to the Deputy Minister's investigation may have no recourse in certain circumstances adverse to him. (102) (Les soulignés sont de nous)

Par ailleurs, le texte législatif étant muet sur la question, le juge Pratte conclut que la décision du Conseil canadien des Relations de travail ordonnant un scrutin de représentation au sein d'une unité de négociation étant purement administrative, la Cour d'appel ne pouvait intervenir (103).

---

(100) N. 63.

(101) 52 D.L.R. (3d) 156.

(102) Ibid., p. 158.

(103) Voyageur Inc. vs Syndicat des chauffeurs (1975) C.F. 533.

Section II - Conséquences découlant de l'utilisation  
de la formule de l'article 28(1)

En insérant la formule que l'on retrouve à l'article 28(1) dans le corps des règles du droit du contrôle judiciaire, le législateur innovait en posant le problème de la qualification des décisions de l'Administration d'une façon différente par rapport à celle qui était reconnue en jurisprudence. Dans ce paragraphe, nous tenterons de dégager les conséquences qui découlent de cette innovation en ce qui concerne la qualification des décisions pour les fins de l'article 28(1). Par ailleurs, en procédant comme il l'a fait, le législateur a élargi quelque peu le champ de compétence de la Division de première instance.

I. La qualification des décisions pour  
les fins de l'article 28(1)

Dans Howarth (104), le juge Pigeon explique que si la Division de première instance peut exercer un pouvoir général de surveillance et de contrôle sur les organismes fédéraux, à l'exclusion des Cours des provinces, le nouveau recours de l'article 28(1) est d'application plus restreinte en ce qui concerne la nature des décisions rendues par ces organismes fédéraux. Et il précise:

...l'application du nouveau recours institué par l'article 28 est restreinte aux décisions ou ordonnances de nature administrative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi

---

(104) n. 63.

judiciaire. C'est seulement à l'égard de telles décisions ou ordonnances que le nouveau recours équivalent à un appel est admissible. Ainsi, l'effet évident des art. 18 et 28 combinés est d'établir une distinction entre deux catégories d'ordonnances d'offices fédéraux. Celles que, pour être concis, j'appellerai des décisions judiciaires ou quasi judiciaires, sont assujetties à l'art. 28 et la Cour d'appel fédérale a, à leur égard, des pouvoirs d'examen étendus. L'autre catégorie de décisions comprend celles qui sont de nature administrative et ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. A l'égard de cette seconde catégorie, le nouveau recours de l'art. 28 ... n'est pas admissible, mais tous les autres recours, ceux de droit commun, demeurent inchangés ... Le seul fait d'établir cette distinction démontre que la demande en vertu de l'art. 28 n'est pas admissible à l'encontre de toutes les décisions d'offices administratifs. (105)

Cet énoncé est clair. En ce qui concerne le recours de l'article 28(1), le législateur a codifié, si l'on peut dire, la catégorie de décisions dites de nature quasi judiciaire qui se retrouvait dans la jurisprudence. L'on aura remarqué, en effet, que le juge Pigeon semble assimiler les décisions de nature quasi judiciaire aux décisions administratives légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

Ce changement facilite l'exercice de qualification pour les fins du pourvoi de l'article 28(1). Au lieu de chercher à faire basculer des décisions de nature administrative dans la catégorie des décisions judiciaires par des distinctions subtiles et artificielles (106), il suffit d'analyser le texte législatif pour savoir si les parties intéressées jouissent du droit de se faire entendre avant que la décision soit prise. Cela ne signifie

---

(105) Ibid., p. 471.

(106) R. Dussault, op. cit., n. 18, p. 1259.

pas que la décision dite de nature quasi judiciaire n'a plus sa place dans le droit fédéral du contrôle judiciaire mais cette "zone grise des actes quasi judiciaires" n'existe que devant la Division de première instance (107).

Les modifications opérées par la formule de l'article 28(1) et l'interprétation qu'en a donné la Cour Suprême dans Howarth ne se limitent toutefois pas à ce point. La qualification des décisions de nature judiciaire s'en trouve également touchée. En effet, d'après l'analyse de R. Dussault (108), les quatre critères suivants servent à identifier les décisions de nature judiciaire:

1. le pouvoir de porter atteinte aux droits des citoyens;
2. la déclaration de l'existence des droits, par opposition à leur création;
3. le caractère définitif de la décision; et,
4. la présence de certaines formes procédurales.

Quant au quatrième critère, il serait d'application assez simple dans le processus de qualification sous l'empire de l'article 28(1). Si une décision est de nature administrative mais qu'elle peut être prise sans qu'un texte législatif n'impose l'obligation de donner aux personnes intéressées l'occasion de se

---

(107) G. Pépin, loc. cit., n. 92, p. 120.

(108) Op. cit., n. 18, pp. 1234 - 1258. L'auteur donne un cinquième critère, d'application limitée, celui que l'on retrouve dans la jurisprudence portant sur l'article 96 de L'A.A.N.B. (voir pp. 1253 et 1254.)

faire entendre, la décision est purement administrative, donc non visée par l'article 28(1). Si le texte législatif impose le processus judiciaire ou quasi judiciaire, même si la décision est par ailleurs administrative, elle entre dans le cadre de l'article 28(1).

Quant au troisième critère, il semble bien qu'il s'appliquera sous l'empire de l'article 28(1) et que ce genre de décisions est exclu du champ de compétence de la Cour d'appel fédérale. Ainsi, il est possible que la Cour d'appel déciderait comme le fit la Cour Suprême dans Guay vs Lafleur (109) ou comme la Cour d'appel du Québec dans Saulnier vs La Commission de police du Québec (110) si ce genre de litige était porté devant elle. Dans ces deux affaires, les cours en question avaient décidé qu'étant donné que des organismes ne rendaient pas des décisions ayant un caractère définitif mais ne faisaient que des recommandations à d'autres personnes chargées de décider, il n'y avait pas lieu d'émettre un bref de certiorari. A première vue, l'on pourrait estimer qu'il s'agit de "décisions" de nature administrative mais légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Mais, si la loi dans les cas Guay et Saulnier imposait le respect d'un processus judiciaire ou quasi judiciaire, les organismes en

---

(109) (1965) R.C.S. 12.

(110) (1973) C.A. 657. Ce jugement fut renversé par la Cour Suprême le 13 février 1975 (1976) 57 D.L.R. (3d) 545, au motif que les droits de Saulnier étant affectés ou susceptibles de l'être, la décision était de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Le juge Pigeon distingue le cas Saulnier de celui de Guay en raison des termes de l'article 24 de la Loi de Police.

cause ne rendaient pas des "décisions" au sens de l'article 28(1). C'est du moins ce qui semble ressortir des motifs du juge Pratte dans Lingley vs Commission d'examen du N.-B. (art. 547 du Code criminel) (111). Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si une recommandation faite au lieutenant-gouverneur du N.-B. par une commission d'examen sur l'état de santé d'une personne incarcérée pour raison d'aliénation mentale établie lors d'un procès pour meurtre était une décision visée par l'article 28(1). Dans ses motifs du jugement, le juge Pratte explique qu'il ne s'agit pas d'une "décision" au sens de l'article 28(1) parce qu'il ne s'agit que d'un "exposé d'opinion." Juridiquement, cet exposé d'opinion ne tranche pas une question et n'a pas d'effet obligatoire. C'est le lieutenant-gouverneur en conseil qui décide. Dans cette affaire, la "recommandation" n'était pas soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire (112) mais logiquement cela n'aurait probablement pas changé le raisonnement du juge Pratte. En effet, il n'avait pas à se pencher sur ce point pour disposer de la question de savoir s'il s'agissait d'une décision visée par l'art. 28(1). A cet égard, il est intéressant de noter que dans Succession Grauer (113), le juge Collier de la Division de première instance

---

(111) N. 25.

(112) Voir aussi Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. vs M.N.R. (1976) 1 C.F. 314 où le juge Heald, alors à la Division de première instance, a jugé que le Ministre du Revenu, lorsqu'il interprète une disposition de la Loi sur l'accise n'est pas une personne "disposant du pouvoir légal de trancher des questions touchant les droits des personnes," il s'agit d'une opinion.

(113) N. 38. Il s'agissait d'un enquêteur agissant en vertu de l'article 8 de la Loi sur l'expropriation et qui devait donner à quiconque avait signifié une opposition à l'expropriation l'occasion de se faire entendre.

conclut de la même façon que le juge Pratte même si dans l'espèce, en décidant, l'enquêteur devait suivre un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Par conséquent, à moins que l'on puisse appliquer le premier critère dégagé par Dussault, il semble bien que la formule de l'article 28(1) n'a rien changé au droit existant en ce qui concerne le troisième critère de Dussault.

Quant au premier critère dégagé par Dussault, il appert qu'il fut exclu par l'arrêt de la Cour Suprême dans Howarth. D'après ce critère, un organisme qui a le pouvoir de porter atteinte à des droits devient un organisme qui rend des décisions de nature judiciaire ou quasi judiciaire même si, par ailleurs, il remplirait des fonctions de nature administrative. (114) A cet égard, il serait permis d'espérer que la question n'a pas été tranchée de façon définitive par la Cour Suprême dans Howarth, si le juge Pigeon n'avait pas choisi de s'appuyer sur le jugement de la Cour Suprême dans Calgary Power Ltd. vs Copithorne (115). En effet, il ne faut pas oublier que dans cette affaire Howarth, la majorité de la Cour Suprême ainsi que la Cour d'appel se sont sentis liés par le jugement Ex Parte McCaud qui avait déjà conclu, en 1965, que la Commission des libérations conditionnelles exerçait des fonctions de nature administrative (116). Si cet arrêt

---

(114) Op. cit., N. 18, pp. 1236 - 1239. C'est le critère retenu par le juge Dickson, minoritaire dans Howarth, pp. 459 - 461.

(115) (1959) R.C.S. 24. Il est intéressant de noter que dans Saulnier vs La Commission de police, N. 110, le juge Pigeon retient ce critère des "droits affectés." Evidemment, dans ce cas, il n'avait pas à se prononcer sur l'article 28(1) comme semble l'oublier le professeur Garant dans ses commentaires dans Le Devoir, 29 avril 1975.

(116) N. 86.

de la Cour Suprême n'avait pas existé, le jugement aurait pu être différent. Cependant, les possibilités de "distinguer" ce jugement Howarth apparaissent assez minces surtout parce que le juge Pigeon s'appuie sur le jugement de la Cour Suprême dans Calgary Power Ltd. qui rejette le critère de la qualification basé sur le fait que des droits seraient affectés par une décision (117).

En ce qui a trait au second critère dégagé par Dussault, il ne fait pas de doute qu'il continue de recevoir application pour les fins de l'article 28(1). Ce critère voulant que la décision judiciaire déclare l'existence de droits et ne les crée pas constitue le critère qui, dans l'état actuel de la jurisprudence, serait probablement le plus apte à être utilisé en vertu de l'article 28(1) si, parfois, il s'avérait nécessaire de qualifier une décision de judiciaire. Ce critère est le plus simple d'application. Il implique que "la décision judiciaire, enfermée dans le cadre d'une loi ou d'un règlement, ne saurait être motivée par des considérations d'ordre politique, économique ou sociale: elle implique une absence totale de discrétion." (118) Certains organismes fédéraux déclarent l'existence de droits par leur décision. Qu'il suffise de mentionner la Commission de révision de l'impôt, (119) la Commission d'appel de l'immigration (120) ou le juge arbitre agissant en vertu de l'article 84 de la Loi sur l'Assurance-

---

(117) C'est l'interprétation que donne à l'arrêt Howarth, le juge Addy de la Division de première instance dans Lambert vs La Reine (1975) C.F. 548, pp. 551 et 552 et dans B. vs Le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'immigration (1975) C.F. 602, pp. 608 et 609.

(118) R. Dussault, op. cit., n. 18, p. 1241.

(119) S.C. 1970-71-72, ch.11. Voir A.G. of Canada vs Weaver n. 49.

(120) 1970 S.R.C., ch. I-3.

chômage (121). En somme, ces organismes agissent comme des cours de justice ordinaires en appliquant les règles de droit à des situations de fait.

Pour illustrer l'application qui peut être faite des deux premiers critères dégagés par Dussault, voyons le jugement de la Division de première instance dans Mosanto vs Le Commissaire des brevets (122). Dans cette affaire le juge Kerr, saisi d'une demande d'émission d'un bref de mandamus, a jugé qu'une décision du Commissaire des brevets, agissant en vertu de l'article 51(5) de la Loi sur les brevets (123), était du ressort de la Cour d'appel fédérale parce qu'il s'agit d'une décision de nature judiciaire. Il semble mal interpréter l'arrêt de la Cour Suprême dans Howarth en ne donnant pas au terme "légalement" le sens qu'il faut lui attribuer mais, en substance, il applique les deux premiers critères d'identification de la décision de nature judiciaire dégagés par Dussault soit le pouvoir de porter atteinte aux droits des citoyens et la déclaration de l'existence des droits. Il insiste cependant sur le second critère. En effet, il explique que la décision du commissaire des brevets de refuser de permettre au détenteur du brevet de renoncer à certains éléments de son brevet dûment enregistré entre dans les cadres de l'article 28(1) parce qu'il estime

... que la décision sur de telles questions, décision

---

(121) Loi sur l'assurance-chômage S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 84.  
Voir M.R.N. vs Blackburn (1976) 1 c.f. 554

(122) N. 69.

(123) 1970 S.R.C., ch. P-4.

qui peut affecter les droits légitimes de l'auteur de la renonciation, est loin d'être une opération mécanique ou purement administrative; elle exige l'application à des faits, de règles de droit et de normes objectives, et non pas de normes subjectives de politique, d'opportunité ou de discrétion administrative; et, à mon avis, le commissaire est implicitement dans l'obligation d'agir judiciairement en rendant une décision au sujet d'une renonciation présentée en vertu de l'article 51. (124)

Si des cas comme celui de Mosanto peuvent se présenter, il nous semble que les cas où il sera nécessaire d'opposer les décisions de nature administrative aux décisions de nature judiciaire -- "la véritable clé du contrôle des actes de l'Administration" dans le droit commun du contrôle judiciaire (125) -- seront moins nombreux sous l'empire de l'article 28(1). En effet, dans la plupart des cas où ces deux critères d'identification de la fonction de nature judiciaire pourraient jouer -- particulièrement le second -- le législateur oblige l'organisme à donner aux intéressés l'occasion de se faire entendre de telle sorte que la décision est légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. En règle générale, par conséquent, l'approche utilisée par le juge en chef Jackett dans Les Amputés de guerre vs Le Conseil de revision (126) s'appliquera.

Dans Les amputés de guerre, la décision attaquée devant la Cour d'appel était une réponse fournie à une question posée au Conseil de révision de pensions en vertu de l'article 81(3) de la Loi sur les pensions (127). En donnant sa réponse, le Conseil

---

(124) N. 69, p. 215. Renversé sur le sens du mot "décision", n. 70.

(125) R. Dussault, op. cit., n.18, p. 1229.

(126) N. 97.

(127) 1970 S.R.C. ch. P-7. L'article 81(3) se lit comme suit:

décidait que l'interprétation donnée à une disposition de la loi par la Commission canadienne des Pensions était erronée. Appelée à se prononcer sur la question, la Cour d'appel a jugé que "l'interprétation" faite était une décision au sens de l'article 28(1) de la loi d'abord parce que "l'interprétation" oblige les personnes impliquées et a donc des effets juridiques et, en second lieu, parce qu'il ne s'agit pas d'une décision de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Le juge en chef Jackett établit la problématique de la façon suivante:

Examinons maintenant si une interprétation en vertu de l'article 81(3) est une décision autre "qu'une décision ... de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire." Une telle interprétation ne relève pas, selon moi, de cette expression si elle est

- a) de nature législative, ou
- b) de nature administrative et est légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

Selon moi, la meilleure approche consiste à affirmer qu'une interprétation donnée en vertu de l'article 81(3) constitue une décision de nature législative (c'est-à-dire qu'elle équivaut à un règlement qui est assimilable à une loi et a la même force obligatoire) et, pour ce motif, relève de l'article 28(1). Toutefois, il n'y a pas lieu d'exprimer une opinion tranchée sur la question car, si une telle interprétation n'est pas de nature législative, elle est de nature administrative, de sorte qu'elle relève, selon moi, de l'article 28(1) pour le motif énoncé au paragraphe suivant. (128)

---

"Le Conseil de révision des pensions doit recevoir toute demande d'interprétation d'une disposition des Parties III à VII de la présente loi présenté par la Commission, le chef avocat-conseil du Bureau ou tout organisme d'anciens combattants constitué en corporation en vertu d'une loi du Parlement du Canada."

(128)N. 97, p. 451.

Et il poursuit en expliquant que la décision est administrative et légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

A propos de ce jugement il faut souligner, d'une part, que pour le juge en chef, les décisions de nature législative sont visées par l'article 28(1) <sup>(129)</sup> mais, d'autre part, il faut aussi noter la façon du juge en chef de traiter le problème de la qualification des décisions. Dans sa problématique, il n'est pas question de savoir si la décision est de nature judiciaire. Il semble prendre pour acquis que la décision est de nature administrative et il ne cherche pas à déterminer si, en raison des exigences procédurales imposées par la loi ou en raison du fait que la décision pourrait affecter des droits, la décision ne serait pas de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Il n'a pas à se soucier de ces subtilités. Pour lui, la décision semblerait plutôt être de nature législative mais si tel n'est pas le cas alors, tout simplement, elle est de nature administrative. Et, si elle est de nature administrative, l'étape suivante est de chercher à découvrir si le texte législatif impose au Conseil l'obligation de décider en respectant un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

Dans la mesure où cette approche du juge en chef est

---

(129) R. Dussault, op. cit., n. 8, p. 1232 exprime l'avis que les décisions de nature législative sont visées par l'article 28(1). Voir aussi W.R. Jackett, loc. cit., n. 5, p. 99. Il est vrai que dans Howarth le juge Pigeon écrit que le pourvoi de l'art. 28(1) est limité aux décisions judiciaires et aux décisions administratives légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire mais le litige ne portait pas sur la question de savoir si une décision est de nature législative et visée par l'article 28(1).

celle qui devrait s'appliquer dans la majorité des cas, l'exercice de qualification des décisions qui tombent sous le coup de l'article 28(1) de la loi est simplifié du fait que le législateur ait utilisé la formule qui s'y trouve.

II. Compétence plus considérable que prévue  
de la Division de Première Instance

La façon choisie par le législateur pour mettre en oeuvre la réforme du droit fédéral du contrôle judiciaire a peut-être eu pour effet de simplifier le processus de qualification des décisions pour les fins de l'article 28(1) mais, dans l'ensemble, l'amélioration est toute relative. En effet, le forum du contrôle judiciaire étant partagé entre les deux divisions de la Cour fédérale, le problème de la qualification est inchangé en ce qui concerne la Division de Première Instance et même rendu quelque peu plus complexe parce que le justiciable doit choisir entre les deux forums. Apparemment, les autorités gouvernementales voulaient simplifier les recours de droit commun en faisant tomber le gros du travail du contrôle judiciaire dans le champ de compétence de la Cour d'appel. Toutefois, le législateur voulait aussi conserver tous les recours de common law par l'article 18 (130).

C'est d'ailleurs l'analyse que fait le juge Pigeon de la réforme dans Howarth. Pour lui, il est clair que l'article 28(1) est l'exception à la règle générale qui est posée à l'article 18. L'article 18 de la Loi transfère en entier le pouvoir

---

(130) Mullan, loc. cit., n. 17, pp. 25 à 33.

de surveillance et de contrôle des cours supérieures à la Division de Première Instance de la Cour fédérale. De ce pouvoir général de surveillance et de contrôle des organismes fédéraux, dont est doté la Division de Première Instance, le législateur en a conféré une partie à la Cour d'Appel par l'article 28(1). Ce qui n'est pas attribué à la Cour d'Appel continue d'être du ressort de la Division de Première Instance. Donc, la loi sur la Cour fédérale crée deux catégories de décisions soit la catégorie visée par l'article 28(1) et toutes les autres qui sont visées par l'article 18, soit celles qui peuvent faire l'objet des recours de droit commun (131).

Commentant cet arrêt Howarth, le professeur Pépin a écrit:

L'arrêt prononcé par la Cour Suprême dans l'affaire Howarth semble accentuer soudainement, dans la zone grise des actes quasi-judiciaires, la portée de l'article 18, diminuant d'autant celle de l'article 28.

Je ne suis pas assuré que cela répond aux désirs du législateur. (132)

En effet, si l'on suit le raisonnement du juge Pigeon il implique que le bref de certiorari continue de recevoir application dans le cas de décisions autres que celles qui sont visées par l'article 28(1). C'est ainsi, par exemple, que suivant le raisonnement qui a motivé les jugements de la Cour Suprême et de la Cour d'Appel fédérale dans Howarth le juge Gibson de la

---

(131) Howarth n. 63, pp. 471 et 472.

(132) loc. cit., n. 92, p. 120.

Division de Première Instance a conclu qu'il avait juridiction pour émettre un bref de certiorari. Le juge s'exprime, en partie, comme suit:

...j'estime que l'acte de saisie accompli en vertu de ce paragraphe (art. 231(1)(d) de la Loi de l'impôt sur le Revenu) comporte un élément judiciaire et qu'il en est ainsi même si le paragraphe ne prescrit pas expressément ou implicitement l'obligation de tenir une audition; il suffit que l'agent qui décide une telle saisie et l'effectue soit obligé, ce faisant, de trancher des questions de droit ou de fait touchant aux "droits" d'un individu et qu'il exerce ainsi un pouvoir discrétionnaire de nature "judiciaire" que la personne prétendant exercer un tel pouvoir de saisie se trouve donc dans l'obligation d'agir équitablement ('judiciairement') uniquement dans le cadre des pouvoirs conférés par ce paragraphe. (133)

En somme le juge Gibson se fonde sur le droit commun du contrôle judiciaire qui continue de s'appliquer sous l'article 18 de la loi. En outre, malgré les apparences, il semble bien que l'article 28(1) ne recouvre pas complètement tous les cas où le bref de certiorari pourrait s'appliquer même si cela semblait être le but visé par les autorités gouvernementales au moment où la loi fut adoptée (134).

Même si le juge Mahoney de la Division de Première Instance ne discute pas de l'arrêt Howarth dans ses motifs de jugement, il émet un bref de certiorari dans In re MacDonald portant sur l'interprétation des dispositions de la Loi sur les libérations conditionnelles. Il s'agissait de savoir si une

---

(133) Royal American Shows Inc. vs M.N.R., n. 65, p. 271.

(134) Voir Mullan, loc. cit., n. 17 pp. 25-27.

réduction de peine statutaire devait être créditée à un détenu. (135) Ce jugement fut renversé en appel (136) et c'est bien à propos que le juge Ryan souligne qu'en réalité il ne s'agissait pas d'un bref de certiorari qui avait été émis mais bien un jugement déclaratoire qui avait été prononcé. Le juge a ajouté que la mauvaise procédure avait probablement été utilisée en première instance mais les parties ne s'en plaignant pas, la Cour d'Appel jugea au fond pour renverser le jugement de la Division de Première Instance.

C'est le même juge Mahoney qui, dans In re Nicholson (137), refuse l'émission d'un bref de certiorari au motif que la décision de la Commission des libérations conditionnelles de révoquer une mise en liberté sous surveillance obligatoire est de nature administrative et par conséquent qu'il n'y eut pas d'excès de pouvoir par suite du non respect de la règle Audi alteram partem.

La situation est donc assez confuse. Il existe assez peu d'exemples où la Division de Première Instance a émis un bref de certiorari (138). Les exemples ne sauraient d'ailleurs être

---

(135) (1975) C.F. 543.

(136) (1976) 1 C.F. 532.

(137) (1975) C.F. 478.

(138) Voir Union Gas Ltd., notes 61 et 65 où le bref de certiorari n'est pas émis mais où le juge prend pour acquis qu'il aurait pu l'émettre. Dans In re tribunal Anti-Dumping (1973) C.F. 745, le bref de certiorari fut émis par la Division de Première Instance parce que la décision attaquée avait été rendue avant le 1er juin 1971, date de l'entrée en vigueur de la Loi sur la Cour fédérale.

nombreux en raison des termes mêmes des paragraphes (1) et (3) de l'article 28. Ces dispositions privent la Division de Première Instance de compétence dans la grande majorité des cas où le bref de certiorari pourrait constituer un mode de contrôle. Le recours reste quand-même disponible devant la Division de Première Instance même si les cas d'application sont assez restreints.

Signalons aussi que le bref d'habeas corpus n'étant pas inclus à l'article 18 de la Loi (139), les tribunaux se sont interrogés sur la question de savoir si les cours compétentes des provinces pourraient émettre un certiorari auxiliaire (certiorari in aid) si un justiciable s'adressait à elles pour demander l'émission d'un bref d'habeas corpus. Dans Mitchell vs The Queen (140) le problème s'est posé mais il ne semble pas avoir été résolu. En effet, le juge majoritaire Ritchie motive son jugement de confirmer l'arrêt de la Cour d'Appel du Manitoba de casser une ordonnance autorisant l'émission d'un bref d'habeas corpus en se fondant, entre autres, sur le fait qu'aucun certiorari auxiliaire n'ayant été émis on ne pouvait attaquer la décision de la Commission des libérations conditionnelles de révoquer la libération de Mitchell par le biais d'un bref d'habeas corpus simpliciter. Et il ajoute que de toute façon, seule la Cour Fédérale en vertu

---

(139) In re Sadique (1974) 46 D.L.R. (3d) 131. Toutefois, il faut noter que le jugement déclaratoire pourrait, semble-t-il, être utilisé en lieu et place du bref d'habeas corpus. Voir à ce sujet Cavanaugh vs Le Commissaire des pénitenciers (1974) C.F. 515 et Johns vs Le Commissaire des pénitenciers (1974) C.F. 545.

(140) (1976) 61 D.L.R. (3d) 77. Voir aussi Ex parte Prescott (1973) 11 C.C.C. (2d) 440, p. 442, par le juge Osler de la Ontario High Court.

de l'article 18 de la Loi sur la Cour fédérale, a la compétence requise pour émettre un bref de certiorari à l'exclusion des cours des provinces. Les juges Judson, Pigeon et Beetz ont souscrit à ces motifs du juge Ritchie. Cependant, le juge Martland a aussi rédigé ses propres motifs mais, si comme les trois juges précités il rejette l'appel, il ne se prononce pas sur la question de savoir si un certiorari auxiliaire peut être émis par une cour d'une province. Le juge De Grandpré souscrit à ses motifs. Quant au juge en chef Laskin, il est dissident et sur le problème du certiorari auxiliaire il soutient que les cours des provinces conservent le pouvoir de l'émettre. Les juges Dickson et Spence ont souscrit aux motifs du juge en chef.

C'est donc dire que la question n'est pas tranchée puisque quatre juges sur un banc de neuf juges se sont prononcés. Il nous semble que c'est le juge Laskin qui motive le mieux sa prise de position et, logiquement, les cours des provinces devraient pouvoir émettre ce bref auxiliaire.

Par conséquent, la Division de Première Instance est compétente non seulement pour émettre un bref de prohibition ou un bref de mandamus, mais aussi, dans certains cas, un bref de certiorari. Si l'on ajoute à ces recours, l'action qui peut être prise pour obtenir un jugement déclaratoire, il faut reconnaître que la compétence de la Division de Première Instance est quand même assez considérable.

Au sujet de l'action visant à obtenir un jugement déclara-

ratoire, il faut souligner qu'il s'agit d'une procédure qui semble devoir être utilisée de plus en plus souvent par les justiciables. Cette procédure ne peut pas être utilisée à l'encontre d'un tribunal administratif parce que celui-ci ne peut pas ester en justice (141) mais étant donné qu'en vertu de la définition de l'article 2(g) de la Loi, toute personne exerçant des pouvoirs en vertu d'une loi fédérale constitue un organisme visé par l'article 18, son champ d'application demeure assez grand. En outre, il s'agit d'un recours souple puisqu'il permet d'attaquer une décision de nature administrative (142) et même si un jugement est dénué d'effet juridique, il peut quand même être prononcé dans les cas où il pourrait avoir quelque utilité d'un point de vue pratique (143).

Généralement, les jugements déclaratoires prononcés sous l'empire de l'article 18 de la loi portent sur l'interprétation de dispositions législatives. C'est ainsi, par exemple,

- 
- (141) B vs Le Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration, n. 117, pp. 613 à 622. Voir aussi Gordon vs Le Service pénitentiaire du Canada (1975) C.F. 78 et In re Zany (1975) C.F. 430 où il est fait état de la règle 603 des Règles de la Cour fédérale qui exige que ce recours soit intenté par voie d'action.
- (142) Lingley vs Commission d'examen du N.-B. (1972) C.F. 171. Au fond, (1973) C.F. 861, Lingley n'eut pas gain de cause. Il faut toutefois rappeler que si la décision est de nature purement administrative, la règle Audi alteram partem ne trouve pas d'application: Kosobook vs Solliciteur général du Canada (1976) C.F. 540.
- (143) Landreville vs La Reine (1973) C.F. 1223; McCann vs La Reine (1976) 1 C.F. 570. Pour un commentaire général sur les développements jurisprudentiels récents portant sur le jugement déclaratoire voir H. Molot, Annual Survey of Canadian Law, Part 3, Administrative Law (1975) 7 Ottawa L.R. 514, p. 578.

que la Cour a jugé qu'un règlement exigeant qu'une personne demandant la citoyenneté canadienne renonce à sa citoyenneté antérieure était ultra vires de la loi qui permet à l'autorité règlementante d'adopter des règlements (144). Dans l'affaire Smith vs Manger (145) la Cour s'est prononcé sur la durée d'un mandat du chef d'une bande d'indiens qui avait été élu lors d'une élection spéciale tenue pour remplir la vacance créée par l'annulation d'une élection. La plupart des autres jugements rendus portaient sur l'interprétation de lois relatives aux institutions pénitentiaires ou à la loi des libérations conditionnelles (146). Dans un cas, la Cour a jugé que l'incarcération à l'unité spéciale de correction constituait une peine ou un traitement cruel et inusité contraire à l'article 2b) de la Déclaration canadienne des droits (147).

La part de juridiction qu'accapare la Division de Première Instance est peut-être plus grande que celle que le législateur voulait lui conférer mais il ne faudrait quand même pas en exagérer la portée. Malgré tout, c'est la Cour d'Appel qui joue le rôle le plus important dans le champ du contrôle judiciaire. La Division de Première Instance n'a compétence que

---

(144) Ulin vs La Reine (1973) C.F. 319. Voir aussi La Reine vs Robertson (1972) C.F. 796 déclarant un règlement ultra vires.

(145) 1972 C.F. 561.

(146) In re Ellis (1972) C.F. 1212; Heinsworth vs Solliciteur général du Canada (1973) C.F. 1200; La Commission nationale des libérations conditionnelles vs Edmonds (1974) C.F. 68; Hinles vs La Commission des libérations conditionnelles (1972) C.F. 925; Sedore vs Commissaire des Pénitenciers (1972) C.F. 898.

(147) McCann vs La Reine, n. 143.

sur les modes d'exercice du contrôle judiciaire qui survivent au pourvoi de l'article 28 et ce pourvoi de l'article 28 couvre la majorité des cas d'ouverture au contrôle judiciaire.

CONCLUSION

Commentant le projet de loi qui devait opérer la réforme dont nous venons d'étudier l'un des aspects, le professeur Pépin écrivait:

En adoptant ce projet, le législateur a confié aux juges la mission de déterminer le sens de l'ensemble des articles précités, aux frais des électeurs justiciables. (148)

Si ce commentaire a pu s'avérer juste dans certains cas, de façon générale, nous croyons que la réforme s'est faite sans qu'on ait à faire face à des difficultés plus grandes que celles que pose le droit du contrôle judiciaire dans le cours normal des choses. Bien sûr, la façon choisie par le législateur pour apporter des changements pose des problèmes dans les cas limites comme Howarth mais en utilisant la formule de l'article 28(1) le législateur a clarifié la situation dans la mesure où cela est possible en droit du contrôle judiciaire.

Comme nous l'avons souligné, il nous semble que l'exercice de qualification des fonctions est quelque peu simplifié du fait que le législateur ait choisi cette formule. Dans la grande majorité des cas, le recours disponible pour attaquer une décision prise par un organisme fédéral est le pourvoi de l'article 28(1). Quant aux cas exceptionnels, il est possible que les recours de l'article 18 soient disponibles.

---

(148) PEPIN, Gilles, Le contrôle judiciaire de l'administration et la loi concernant la Cour fédérale du Canada 1971  
R. du B. 256.

Evidemment, il peut être très difficile de choisir le bon forum et le législateur devrait apporter des correctifs qui pourraient faciliter la tâche du justiciable. Il y aurait lieu d'éliminer la dualité de forum. Cette élimination n'est pas sans causer des difficultés compte tenu du fait que le pouvoir de surveillance de la Cour fédérale est statutaire. En ne conservant que le pourvoi de l'article 28, la juridiction complémentaire maintenant exercée par la Division de Première Instance tomberait dans le champ de compétence des cours supérieures des provinces (149). Ceci dit, il serait sûrement possible de faire en sorte que tout le pouvoir de surveillance ressortisse à l'une ou l'autre des divisions de la Cour. Il faudrait alors permettre au justiciable de recouvrir aux modes de contrôle de common law dans les cas où le pourvoi de l'article 28 lui serait refusé pour des raisons de qualification de la décision (150).

Somme toute, malgré le handicap du choix du forum, la loi sur la Cour fédérale a opéré une réforme valable. D'aucuns estiment que la réforme de l'article 28 est beaucoup trop timide et perpétue une situation intolérable soit celle qui veut

---

(149) Supra, pp. 1, 2, 50 et 51. G. Pépin, Quelques observations générales sur la question de caractère efficace ou illusoire du contrôle judiciaire de l'activité de l'Administration. (1976) R. du B. p. 453, à la p. 463.

(150) Dans le cadre de la loi actuelle, un justiciable pourrait probablement recommencer sous l'article 18 s'il essuyait un refus sous l'article 28. A l'inverse, il ne pourrait pas se prévaloir des recours de l'article 28 après avoir été débouté sous l'article 18 en raison du délai de 10 jours stipulé à l'article 28. Voir supra, p. 4 et note 8.

que la "procédure étouffe le contrôle" (151). Cette opinion contient une part de vérité. Il ne faudrait toutefois pas perdre de vue que le législateur ne saurait aller beaucoup plus loin qu'il le fait dans l'article 28 sans orienter le contrôle judiciaire de l'Administration sur une voie différente de celle que nous connaissons. En effet, si toutes les décisions de l'administration étaient soumises au contrôle judiciaire, nous nous dirigerions vers un régime où les juges pourraient tendre à se substituer à l'administration. Nous ne croyons pas qu'une telle situation soit souhaitable (152).

Au chapitre des réformes, il faut souligner la thèse de ceux qui privilégient le droit d'appel par rapport au droit général de surveillance et de contrôle. Pour ces réformistes, il faudrait étudier chaque organisme chargé de prendre des décisions et déterminer, dans chaque cas, quel genre de contrôle judiciaire répondrait le mieux aux besoins qu'on voudrait satisfaire (153). Cette technique est attrayante et elle est d'ailleurs d'application relativement courante (154). Le professeur Pépin apporte des réserves au sujet de cette technique (155). Comme lui nous pouvons craindre la naissance d'un labyrinthe de dispositions législatives particulières créant un droit

---

(151) G. Pépin, loc. cit., n. 449, p. 480.

(152) Ibid., p. 477.

(153) C'est la thèse défendue par les professeurs Willis et Mullan. J. WILLIS, Canadian Administrative Law in Retrospect (1974) 24 U. of T.L.J. 225, p. 274. MULLAN, loc. cit., n. 17.

(154) A titre d'exemple, l'on peut mentionner le droit d'appel à la Cour d'Appel fédérale stipulé dans les lois dont les dispositions pertinentes sont contenues à l'Annexe I de la Loi sur la Cour fédérale.

(155) G. Pépin, loc. cit., n. 149, pp. 483 et 484.

d'appel aux tribunaux judiciaires ordinaires. En outre, à notre avis, il serait assez difficile de prévoir à l'avance tous les problèmes que peut soulever l'exercice d'un pouvoir décisionnel et il faudrait qu'un droit général de surveillance et de contrôle continue d'exister à l'échelon fédéral à moins de vouloir faire renaître le pouvoir de surveillance des cours supérieures des provinces. Or, l'un des buts de la réforme de 1970 était justement d'assurer l'uniformité des décisions portant sur le contrôle judiciaire des organismes fédéraux et faire échec au "forum-shopping" entre les Cours des provinces et les séquences possibles de cet état de chose (156). La création de droits d'appel dans chaque cas où il s'impose pourrait donc coexister avec le droit général de contrôle judiciaire.

---

(156) COMITE PERMANENT DE LA JUSTICE ET DES QUESTIONS JURIDIQUES, Procès-verbaux et témoignages concernant le bill C-121, Loi concernant la Cour fédérale du Canada, pp. 26:12 et 26:13.

## 3) La Cour suprême et l'évolution récente du droit administratif

## L'arrêt Howarth: une décision regrettable qui confirme l'influence du juge Pigeon

par PATRICE GARANT  
collaboration spéciale

Le Devoir 29/4/75

Dans l'affaire Howarth, la Cour suprême était saisie d'un litige encore plus délicat que dans l'affaire Saulnier. Il s'agissait de déterminer si la Commission des libérations conditionnelles exerce une fonction quasi-judiciaire lorsqu'elle révoque une libération à un détenu. Le juge Pigeon rendit un jugement majoritaire, avec l'adhésion des juges De Grandpré, Beetz, Martland et Judson. Le juge Dickson rendit cependant un jugement minoritaire avec l'appui du juge en chef Laskin et du juge Spence. Cet arrêt est d'une grande importance pour l'évolution du droit administratif; il manifeste également l'influence considérable du juge Pigeon.

Le 25 février 1969, Leonard John Howarth est condamné pour vol à main armée à sept ans de prison. Le 6 mai 1971, il est libéré conditionnellement et au cours de l'année 1971-72 et 72-73 il est inscrit comme étudiant en sociologie à l'Université Queen's; pendant ce temps il travaille également pour gagner sa vie. Le 3 août 1973 sa libération est suspendue et il est réincarcéré. Il était sous le coup d'une accusation d'assaut indécent à laquelle il plaida non coupable. Le 14 septembre, quelques jours avant la date fixée pour son enquête préliminaire, l'accusation fut retirée. Le 18, il apprit que la Commission des libérations conditionnelles avait définitivement révoqué sa libération le 11 septembre. Howarth tenta à plusieurs reprises de connaître les motifs de sa révocation mais la Commission lui répondit qu'elle n'avait nullement l'obligation de les lui fournir ni de l'entendre.

Howarth intenta un recours en Cour fédérale d'appel contre la décision de la Commission. Or, ce recours n'est admissible que s'il s'agit d'un acte quasi-judiciaire. La Cour fédérale rejeta le recours et son jugement fut confirmé par la Cour suprême.

## La tradition antérieure

Howarth avait une pente à remonter car la Cour suprême du Canada en 1965 dans *Ex parte McCaud* avait décidé que l'octroi ou le retrait d'une libération conditionnelle était un acte discrétionnaire "and is not in any way of judicial determination" (J. Spence (1965) 1 C.C.C. 166 à la p. 169). Il s'agissait alors du refus d'accorder un bref d'habeas corpus. Toutefois, suivant la Cour suprême, il n'y a aucune différence en ce qui concerne la qualification de la fonction exercée qu'il s'agisse d'un bref d'habeas corpus en Cour supérieure d'une province ou d'un recours en révision devant la Cour fédérale d'appel.

Le juge Pigeon, contrairement à ce que fait le juge Dickson, ne se demande nullement si la révocation d'une libération conditionnelle est un acte qui affecte les droits individuels. Ceci contraste étrangement avec son attitude dans l'affaire Saulnier dans laquelle il soulignait avec insistance l'impact de la recommandation de la Commission de police sur la carrière et la réputation de l'ancien chef de police de la Ville de Montréal. Ici, le juge Pigeon ne se pose même pas la question de savoir s'il n'y a pas là atteinte à quelque droit ou liberté, et cela pour des raisons qui ont tout au moins l'apparence d'arbitraire.

Le juge Pigeon se limite à scruter le texte de la loi et à se demander si de l'article 16, alinéa 4, on peut déduire une intention d'imposer à la Commission l'obligation d'agir quasi-judiciairement. Cela est d'autant plus important que depuis l'affaire McCaud le Parlement a modifié cet article. En 1965, il se lisait ainsi (c'était l'art. 12 al. 2 de la Loi de 1958).

"Immédiatement après le renvoi prononcé par un magistrat... la Commission doit examiner le cas et annuler la suspension ou révoquer la libération conditionnelle."

Depuis la modification apportée en 1968-69 il se lit ainsi:

"La Commission doit, lorsque lui est renvoyé le cas d'un détenu à liberté conditionnelle dont la libération conditionnelle a été suspendue, examiner le cas et faire effectuer toutes les enquêtes relatives qu'elle estime nécessaires et immédiatement après que ces enquêtes et cet examen sont terminés, elle doit soit annuler..."

Le juge Pigeon estime que l'obligation expresse de faire une enquête imposée par le Parlement ne change pas la nature du pouvoir de la Commission. Peut-être pourrait-on y voir une obligation d'agir correctement (duty to act fairly) mais non par un devoir d'agir quasi-judiciairement (to decide on a judicial or quasi-judicial basis).

Le savant magistrat, voulant sans doute donner une plus grande force de frappe à son argumentation, se réfère à l'une des décisions les plus contestées de la Cour suprême, l'arrêt *Calgary Power v. Copithorne* de 1959 (1959 S.C.R. 24). Dans cet arrêt, écrit M. Pigeon:

"This Court rejected the contention that the duty to act judicially arose whenever private rights were affected. Martland J. said for the Court (at p. 30):

"... the respondent submitted that a function is of a judicial or quasi-judicial character when the exercise of it affects the extinguishment or modification of private rights or interests in favour of another person, unless a contrary intent clearly appears from the statute. This proposition, it appears to me, goes too far in seeking to define functions of a judicial or quasi-judicial character. In determining whether or not a body or an individual is exercising judicial or quasi-judicial duties, it is necessary to examine the defined scope of its functions and then to determine whether or not there is imposed a duty to act judicially. As was said by Hewart L.C.J., in *Rex v. Legislative Committee of the Church Assembly* (1928), 1 K.B. 411 at 415):

"In order that a body may satisfy the required test it is not enough that it would have legal authority to determine questions affecting the rights of subjects; there must be super-added to that characteristic the further characteristic that the body has the duty to act judicially."

This passage was cited with approval by the Judicial Committee of the Privy Council in *Nakkuda Ali v. M.F. DeS. Jayaratne* (1951 A.C. 66; 1950, 2 W.W.R. 927)."

Le juge Pigeon ne prend pas la peine de s'expliquer ou de justifier davantage ce recours à l'arrêt Calgary Power qui à notre avis est absolument irréconciliable avec plusieurs autres arrêts célèbres de la Cour suprême. En 1953, dans le célèbre arrêt Alliance des Professeurs Catholiques, qu'avait d'ailleurs plaidé et gagné Me Louis-Philippe Pigeon, les juges

Rinfret et Rand soutenaient que la Commission des relations ouvrières du Québec exerçait des pouvoirs quasi-judiciaires dès lors qu'ils entraînent la modification ou l'extinction de droits ou intérêts privés et précisait que le seul silence de la loi ne peut écarter le droit à l'application de la règle audi alteram partem (1953-2 S.C.R. 140, pp. 154 et 161).

En 1956, dans l'arrêt Board of Health of Saltfleet v. Knapman, il est affirmé qu'un comité municipal d'hygiène doit agir quasi-judiciairement pour ordonner l'évacuation d'une maison devenue inhabitable ou dangereuse: le Juge Cartwright au nom de la Cour affirme que "in deciding whether or not such condition exists, a duty to act judicially rests upon the board" (1956 S.C.R. 887 à la p. 879). En 1965, dans Wiswell v. Metro Winnipeg, la Cour suprême considère que parce qu'elle affectait particulièrement le droit de propriété, la modification d'un règlement de zonage impliquait le devoir d'agir quasi-judiciairement (1965 S.C.R. 512). En 1973, dans un jugement unanime, le juge Martland n'hésite pas à qualifier de quasi-judiciaire la décision suivant laquelle le ministre des Finances de la Colombie-Britannique refuse d'accorder une exemption fiscale à Woodward Estates (1973 R.C.S. 120).

On pourrait objecter que dans ces affaires il y avait des indices dans la loi indiquant la volonté du Parlement de voir mettre en oeuvre un processus quasi-judiciaire. Dans l'affaire de l'Alliance la révocation ne pouvait avoir lieu que "pour cause"; dans l'affaire Knapman, le Board of Health devait agir "upon due examination"; dans l'affaire Wiswell il y avait dans le règlement municipal une obligation d'affichage qui avait été d'ailleurs faite mais la Cour suprême considéra que cela n'était pas suffisant. Or, dans l'article 16, alinéa 4, de la Loi des libérations conditionnelles, n'y a-t-il pas également une obligation pour la Commission de faire des enquêtes qu'elle croit nécessaires!

Ce qui par ailleurs nous paraît encore plus grave, c'est que les deux autorités sur lesquelles s'appuient le juge Martland dans Calgary Power Co. v. Copithorne n'ont plus aucune valeur en Angleterre depuis le fameux arrêt de la House of Lords dans l'affaire Ridge v. Baldwin de 1963 (1963 All. E.R. 66); dans lequel Lord Reid considéra que le devoir d'agir judiciairement pouvait découler du seul fait que la décision portait atteinte aux droits d'un citoyen. Le Conseil privé a adopté ce point de vue (Durayappah v. Fernando 1967 A.C. 337) et il est suivi depuis.

Ce n'est pas d'hier que la jurisprudence reconnaît que l'obligation d'agir judiciairement peut découler de l'atteinte aux droits individuels. Dès 1906 le Conseil privé dans son arrêt Lapointe v. Ass. de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montréal stipulait que:

"This rule (audi alteram partem) is not confirmed to the conduct of

strictly legal tribunals, but is applicable to every tribunal or body of persons invested with authority to adjudicate upon matters involving civil consequences to individual" (1906 A.C. pp. 525-590).

Dès 1908, la Cour suprême à son tour statuait que le pouvoir d'un ministre de décider des droits d'un individu "imports inquiry and a determination of the result of inquiry... I think the function of the person appointed to conduct it, there being nothing in the instrument to manifest a contrary intention, is that in the course of it he is bound to observe the requirements of substantial justice; and those requirements are not observed, if he reaches a decision adverse to the party whose rights may be thus affected, without first giving that party an opportunity both to know what is alleged against him, and to meet it" (Bonanza Creek Hydraulic Concession v. The King (1908) 40 S.C.R. 281 par le Juge Duff).

## L'opinion du juge Dickson

Le jugement minoritaire rendu par le juge Dickson contraste étonnamment avec celui du juge Pigeon. Il s'attaque au coeur du problème et répond aux deux questions essentielles. Y a-t-il atteinte à un droit? Y a-t-il dans la loi un ou des indices permettant de déduire que le législateur a voulu que la Commission soit tenue d'agir judiciairement?

À la première question, le juge répond que par la révocation Howarth perd sa liberté, il est réincarcéré; il perd également une remise statutaire de peine, soit 210 jours, et perd tout crédit pour le 779 jours passés sous libération conditionnelle. Cette révocation a essentiellement un caractère disciplinaire, il s'agit d'une sanction. La libération conditionnelle n'est pas un privilège ou une pure faveur mais c'est un droit, conditionnel il est vrai, que le Parlement a conféré aux citoyens: "I would reject out of hand any suggestion that because a paroled inmate is a convicted criminal he stands denudded of civil rights. Parole is a right which may be granted to the Parole Act; when granted the paroled inmate is entitled to expect that if he observes the terms and conditions of his parole and is otherwise of good be-

haviour, he will remain at large"

On pourrait objecter au juge Dickson que la loi confère un large pouvoir discrétionnaire à la Commission; à l'article 6, il est question de "discrétion absolue". Dans l'arrêt Woodward Estates, le pouvoir conféré au ministre comportait aussi l'expression "absolute discretion", ce qui n'a pas empêché le juge Martland de le considérer comme quasi-judiciaire (1973 R.C.S. 120) Dans l'affaire Saulnier, la Commission de police

Suite à la page 10

n'avait-elle pas un large pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de la conduite de l'ex-chef de police? Cela n'a pas empêché le juge Pigeon de qualifier ce pouvoir de quasi-judiciaire.

Quant à savoir si la loi comporte des indices d'ordre procédural, il ne faut pas oublier que c'est après l'arrêt McCaud que le Parlement a expressément exigé que ce sera après enquête que la libération pourra être suspendue ou annulée. Certes, l'article II de la loi stipule de la "Commission n'est pas tenu d'accorder une entrevue personnelle au libéré ou à son représentant"; toutefois, comme le souligne le juge Dickson, cela ne peut constituer un indice négatif parce que la règle audi alteram partem n'implique pas nécessairement une audition en personne.

### De sérieux motifs d'inquiétude

Si l'on considère les deux jugements du juge Pigeon dans l'affaire Saulnier et Howarth au regard de l'évolution du droit du contrôle judiciaire de l'administration, il y a de quoi être perturbé à divers points de vue.

Premièrement, pour qualifier une fonction de quasi-judiciaire, si l'on suit le juge Pigeon, il faudra scruter le texte de la loi pour déceler si le Parlement a eu l'intention ou non d'imposer au tribunal administratif d'agir quasi-judiciairement. Ceci est en sens opposé à la philosophie judiciaire qui semblait prévaloir jusqu'ici, à savoir que le Parlement n'est pas censé supprimer les principes fondamentaux du droit à moins d'une mention expresse à cette fin: les principes de la justice naturelle sont de ces principes fondamentaux. Suivant cette philosophie, bien exposée en 1908 par le juge Duff dans l'arrêt Bonanza, puis par les juges Rinfret et Rand dans l'arrêt de l'Alliance et par le juge Dickson dans sa dissidence dans l'arrêt Howarth, dès que l'on a constaté qu'il y a atteinte à des droits individuels, il y a une présomption que la fonction est quasi-judiciaire surtout s'il y a dans la loi un ou des indices qui manifestent que le Parlement souhaite voir l'organisme agir quasi-judiciairement. Si dans ces deux affaires, l'on avait raisonné ainsi, l'on aurait fait progresser considérablement notre droit administratif!

Deuxièmement, l'on s'étonne qu'encore en 1974-75, les questions de recevabilité des recours

tiennent encore tant de place dans notre droit administratif. Cela est absolument contraire aux objectifs d'une justice administrative bien conçue qui devrait se caractériser par la plus grande accessibilité possible au juge et la disparition des obstacles procéduraux qui empêchent ce dernier de se saisir du fond du litige pour rendre justice. Il a fallu que J. Saulnier monte jusqu'en Cour suprême pour obtenir justice; quant à J. Howarth, il ne saura jamais s'il a été traité arbitrairement ou non par la Commission des libérations conditionnelles. Un tel système de droit administratif peut nous faire conclure, en

nous inspirant de Casamajor, que dans les palais de justice, on fait du droit plus qu'on ne rend justice.

Troisièmement, ces deux affaires mettent en présence deux justiciables dont l'un est chef de police de la métropole du Canada et l'autre un prisonnier. Certes, dans notre pays démocratique tous sont égaux devant la loi et la justice...; en lisant les réflexions plutôt amères du juge Dickson, on a l'impression que cette égalité est plus théorique que réelle. Le profane aura certes l'impression que devant la justice l'un de ces deux hommes est plus égal que l'autre... Les droits et la réputation

de l'un font l'objet d'une sollicitude non voilée alors que ceux du second sont quantifiés et négligeables.

Si l'on tente d'apprécier globalement l'apport de ces trois arrêts à l'évolution du droit administratif et l'apport du juge Pigeon, le bilan est à mon avis satisfaisant. Dans deux cas sur trois le résultat est défendable, mais dans les trois arrêts l'argumentation ne me paraît pas dangereuse. Une argumentation de juriste du droit, formé à l'école du droit privé, qui ramène la construction du droit administratif à un jeu d'interprétation du droit statutaire. Depuis plusieurs générations, les juges

québécois à la Cour suprême du Canada ne se sont pas créés une réputation de grands défenseurs des droits et libertés individuelles face à l'arbitraire gouvernemental ou administratif. J'ai bien peur que cela ne change guère à brève échéance.

En terminant, si j'osais formuler un vœu en vue de promouvoir le progrès du droit administratif, je souhaiterais que l'influence des juges québécois de la Cour suprême ne soit pas trop prépondérante. Car, à la lumière des arrêts récents que nous avons étudiés, elle suscite à juste titre de vives inquiétudes.

FIN

## BIBLIOGRAPHIE

- ANGUS, W.H., The Individual and the Bureaucracy: Judicial Review - Do we need it? (1970) 20 McGill L.J. 177.
- BRUN, Henri, La Mort de la Discrétion Administrative (1974) 52 R. du B. Can. 426.
- BRUN, Henri, La Discrétion Administrative à la vie dure (1975) 16 C. de D. 723.
- CHALMERS, N.A., The Federal Court as an Attempt to Solve Some Problems of Administrative Law in the Federal Area (1972) 2 McGill L.J. 206.
- COTE, J.E., Comments on the Judgment Lavell vs Attorney-General of Canada (1972) 1 R. du B. Can. 519.
- DUSSAULT, René, Traité de Droit Administratif Canadien et Québécois, Tome II, pp. 1004 - 1017.
- FERA, Normand, The Federal Court of Canada: A Critical Look at its Jurisdiction (1973-74) 6 Ottawa Law Review 99.
- FERA, Normand, Review of Administrative Decisions Under the Federal Court Act (1970) (1971) 14 Can. Public Adm. 580.
- GARANT, Patrice, L'Arrêt Howarth: une Décision Regrettable qui Confirme l'Influence du Juge Pigeon, Le Devoir, Le 29 avril 1975, p. 5.
- HENDERSON, Gordon, Federal Administrative Tribunals in Relation to the New Federal Court of Canada (1971) Special Lectures of the Upper Canada Law Society, Administrative Law and Practice, p. 55.
- HOGG, P.W., Judicial Review: How much do we need? (1970) 20 McGill L.J. 157.
- JACKETT, le juge W.R., La Cour Fédérale du Canada, Manuel de Pratique, Information Canada, Ottawa, 1971
- JACKETT, le juge W.R., La Cour d'Appel Fédérale (1973) R. du B. 94.
- MOLOT, Henry L., Annual Survey of Canadian Law, Part 3, Administrative Law (1975) 7 Ottawa L.R. 514..
- MULLAN, D.J., The Federal Court Act: A Misguided Attempt at Administrative Law Reform (1973) 23 U. of T.J. 14.

- NICHOLS, G.U.V., Federal Proposals for Review of Tribunal Decisions (1970) 18 Chitty's L.J. 254.
- OUELLETTE, Yves et PEPIN, Gilles, Précis de Contentieux Administratif, Cours Thémis, Montréal, 1974, pp. 176 à 183.
- PEPIN, Gilles, Allocution présentée lors du Neuvième Colloque international de droit comparé, Ottawa, Septembre 1971.
- PEPIN, Gilles, Le Contrôle Judiciaire de l'Administration et la Loi Concernant la Cour Fédérale du Canada (1971) 31 R. du B. 256.
- PEPIN, Gilles, Commentaire des Arrêts Puerto Rico vs Hernandez (1975) 1 R.C.S. 228 et Howarth (1976) 1 R.C.S. 453 (1975) R. du B. 116.
- PEPIN, Gilles, Quelques Observations Générales sur la Question du Caractère Efficace ou Illusoire du Contrôle Judiciaire de l'Administration (1976) R. du B. 453.
- WILLIS, John, Canadian Administrative Law in Retrospect (1974) 24 U. of T.L.J. 225.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

PARTIE I - LE SENS ET LA PORTEE DES EXPRESSIONS "DECISIONS OU ORDONNANCE" .....	7
<u>Section I</u> - Le sens des expressions "décision ou ordonnance"	8
I - Les décisions qui ont des effets juridiques.....	8
II - Les ordonnances "ultimes" .....	15
<u>Section II</u> - Conséquences de cette interprétation .....	20
I - Le recours de l'article 28(1) est, à certains égards, un recours en <u>certiorari</u> modifié par le législateur .....	20
II - Le bref de prohibition et le <u>mandamus</u> .....	25
PARTIE II - LES DECISIONS ADMINISTRATIVES NON LEGALEMENT SOUMISES A UN PROCESSUS JUDICIAIRE OU QUASI JUDICIAIRE .....	31
<u>Section I</u> - Le sens des termes "légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire".....	32
<u>Section II</u> - Conséquences découlant de l'utilisation de la formule de l'article 28(1) .....	39
I - La qualification des décisions pour les fins de l'article 28(1) .....	39
II - Compétence plus considérable que prévue de la Division de Première Instance .....	50
CONCLUSION .....	59
ANNEXE: P. GARANT, <u>L'arrêt Howarth: une décision regrettable qui confirme l'influence du juge Pigeon</u> , Le Devoir, Montréal, le 29 avril 1975, p. 5.	

BIBLIOGRAPHIE

## RESUME DU MEMOIRE

### LE SENS ET LA PORTEE DE LA FORMULE "DECISION OU ORDONNANCE ADMINISTRATIVE QUI N'EST PAS LEGALEMENT SOUMISE A UN PROCESSUS JUDICIAIRE OU QUASI JUDICIAIRE" DE L'ARTICLE 28(1) DE LA LOI SUR LA COUR FEDERALE

L'un des aspects intéressants de la réforme effectuée par la Loi sur la Cour fédérale est la création d'un nouveau moyen de mise en oeuvre du contrôle judiciaire de l'Administration fédérale, soit le pourvoi en examen et en annulation de la Cour d'appel. Ce recours est établi par l'article 28(1) de la loi. Ce mémoire tente d'identifier les décisions qui peuvent faire l'objet de ce pourvoi. Pour ce faire, il faut s'interroger sur le sens attribué par la jurisprudence à la formule "décision ou ordonnance administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire" contenue à l'article 28(1). L'étude de cette formule permet d'identifier non seulement les décisions visées par l'article 28(1) mais aussi celles qui tombent dans le champ de compétence de la Division de première instance de la Cour Fédérale en vertu de l'article 18 de la loi. En effet, le pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour Fédérale sur l'administration étant partagé entre la Cour d'appel et la Division de première instance, les décisions qui ne tombent pas sous l'empire de l'article 28(1) peuvent tomber sous celui de l'article 18.

La formule de l'article 28(1) pose deux questions majeures. D'une part, quel est le sens des termes "décision ou ordonnance" et, d'autre part, que faut-il entendre par "décision ou ordonnance administrative légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire"? Ce travail est divisé en deux parties qui abordent ces deux questions.

La première partie de ce mémoire traite donc des termes "décision ou ordonnance". D'après la jurisprudence de la Cour Fédérale, pour qu'une décision soit visée par l'article 28(1) il doit s'agir d'une décision véritable et ultime d'un organisme fédéral. En d'autres mots, seules les décisions qui ont des effets juridiques peuvent faire l'objet d'un pourvoi sous l'article 28(1). Cette interprétation exclut les simples opinions qui peuvent être émises par un organisme de même que les décisions intérimaires prononcées dans le processus décisionnel qui conduit à la décision finale ou ultime. Cette interprétation s'appliquerait aussi au terme "ordonnance".

Cette interprétation jurisprudentielle assimile dans une large mesure le pourvoi de l'article 28(1) au bref de certiorari. Elle implique, par ailleurs, que le bref de prohibition survit au pourvoi de l'article 28(1) et que c'est la Division de première instance qui a compétence sur ce bref. De plus, le refus d'un organisme de remplir un devoir légal n'est pas contrôlable par la Cour d'appel sous l'empire de l'article 28(1) mais bien par la Division de première instance, seule compétente pour émettre un bref de mandamus.

La seconde partie du mémoire analyse le sens des termes "décision administrative soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire". Alors que les décisions de nature purement administrative ne sont pas visées par l'article 28(1), les décisions de nature administrative légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire le sont. Par "légalement", il faut entendre imposé par la loi. Essentiellement, une décision peut être de nature administrative mais si la loi exige que l'organisme entende les parties intéressées avant de décider, elle est, en règle générale, visée par l'article 28(1). Sont aussi visées par l'article 28(1), les décisions de nature judiciaire ainsi que les décisions de nature législative. En effet, l'article 28(1) stipule que toutes les décisions ou ordonnances des organismes fédéraux sont sujettes au pouvoir d'examen et d'annulation de la Cour d'appel sauf celles qui ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

La formule de l'article 28(1) modifie la méthode traditionnellement utilisée dans l'exercice de qualification des décisions de l'Administration. Dans une certaine mesure, elle simplifie cet exercice. Cependant, l'interprétation donnée à la formule signifie que la Division de première instance conserve une compétence limitée pour émettre des brefs de certiorari. En outre, l'action déclaratoire est aussi du ressort de la Division de première instance.

En conclusion, le mémoire souligne qu'en général, la réforme semble donner des résultats satisfaisants au chapitre de la qualification des décisions. Toutefois, il y aurait lieu d'éliminer la dualité de forum du contrôle judiciaire de l'Administration fédérale pour tenter de faire échec aux difficultés qui subsistent.



UNIVERSITÉ D'OTTAWA  
UNIVERSITY OF OTTAWA