Document généré le 17 juil. 2025 22:44

Les Cahiers de droit

La compétence de la Cour fédérale comme organisme bidivisionnel de contrôle judiciaire

Denis Lemieux et Nicole Vallières

Volume 17, numéro 2, 1976

URI : https://id.erudit.org/iderudit/042102ar
DOI : https://doi.org/10.7202/042102ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Lemieux, D. & Vallières, N. (1976). La compétence de la Cour fédérale comme organisme bidivisionnel de contrôle judiciaire. *Les Cahiers de droit*, *17*(2), 379–435. https://doi.org/10.7202/042102ar

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1976

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

La compétence de la Cour fédérale comme organisme bidivisionnel de contrôle judiciaire *

Denis LEMIEUX **
Nicole VALLIÈRES ***

Page

Introduction 381

I – Les personnes et organismes assujettis 381
A – Les organismes fédéraux au sens strict 382
B – Les organismes fédéraux désignés 385

II – La recevabilité des recours 390
A – *Devant la Division d'appel* 391

1. Le recours en révision sous 28(1) 392
a) Sens de « décision ou ordonnance » 393
La portée de l'arrêt *Cylien* 393
L'affaire *Hernandez* 397
L'affaire *McKendry* 398
b) « . . . légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire » 399
L'arrêt *Lazarov* 402
L'arrêt *Howarth* et ses conséquences 403

2. Le renvoi prévu à l'article 28(4) 409

3. Le cas de l'appel 411
a) L'appel sur question de droit et de compétence 411
b) L'appel et le recours en révision sous l'article 28(1) 413
c) L'ouverture du droit d'appel 415

* Cet article a été réalisé avec la collaboration des membres du laboratoire de recherche sur la justice administrative, Université Laval. Il s'intègre dans une étude plus considérable sur le rôle de la Cour fédérale du Canada quant au développement du droit administratif au Canada. Dans cet article les recherches ont été arrêtées le 31 janvier 1976.

** Professeur adjoint, Faculté de droit, Université Laval.
*** Étudiante en maîtrise, Faculté de droit, Université Laval.

B – *La compétence de la Division de première instance* 416
1. Impact du regroupement des recours traditionnels sous 18 — Généralités 418
2. Recours de *common law* et d'équité 422
Certiorari 423
Prohibition 425
Jugement déclaratoire 427
Habeas corpus 430
Mandamus 433
Injonction 434

Conclusion 434

En 1970, le législateur fédéral créait un nouveau tribunal, la Cour fédérale du Canada [1]. Cette cour prenait la succession de la Cour de l'Échiquier et recevait en outre de nouvelles attributions.

Parmi ses nouvelles responsabilités se retrouvait celle d'assurer le contrôle de la légalité de l'activité administrative fédérale, tâche assumée principalement jusqu'alors par les cours supérieures des provinces.

Ce transfert de compétence découlait de la volonté du législateur d'uniformiser les règles de droit administratif applicables aux organismes administratifs fédéraux, prévenant ainsi les risques d'incertitude et de solutions contradictoires découlant de l'existence de juridictions parallèles de contrôle.

Si l'intention du législateur en vue d'opérer un tel transfert était clairement exprimée, on pouvait par contre s'interroger sur la phraséologie utilisée pour déterminer quels étaient les organismes assujettis ainsi que les conditions de recevabilité des recours devant les deux chambres de la Cour fédérale.

L'objet de la présente étude est de montrer dans une perspective critique quelle est l'interprétation dégagée par les tribunaux canadiens, principalement la Cour fédérale, pour définir quels sont les personnes et organismes assujettis à son pouvoir de contrôle ainsi que la compétence respective de ses deux divisions.

I. LES PERSONNES ET ORGANISMES ASSUJETTIS

Pour un tribunal d'origine statutaire comme la Cour fédérale, l'interprétation des dispositions qui déterminent sa compétence est très importante. L'étendue du champ occupé par la Cour fédérale quant au contentieux de la légalité est directement liée à la teneur de l'article 2(g) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Nous avons déjà tenté de démontrer [2] que les cours supérieures provinciales ne conservaient aucun pouvoir résiduaire de surveillance et de contrôle à l'endroit des organismes administratifs fédéraux, avec la seule exception de l'*habeas corpus*. C'est donc en interprétant l'article 2g) que la Cour établira les frontières de sa compétence. Cet article s'énonce ainsi :

> « Office, commission ou autre tribunal fédéral désigne un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une

1. S.R.C. 1970 (2e suppl.), c. 10.

> compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi, à l'exception 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* ».

Nous avons relevé relativement peu de cas où la Cour fédérale a eu à interpréter l'article 2g) pour décider de sa compétence. Les cas relevés peuvent se regrouper en deux types généraux : les organismes fédéraux au sens strict et les organismes fédéraux désigné.

A — Les organismes fédéraux au sens strict.

Il faut se rappeler que la Cour fédérale a été créée pour contrôler tous les organismes exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada. Ces organismes sont, au sens de la Loi, des organismes fédéraux soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale.

Il faut situer cette notion d'organisme fédéral par rapport à l'exclusion « des organismes de ce genre constitués par une loi d'une province — ainsi que des personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d'une province ». À ce sujet, on retrouve le cas de la Commission d'examen du Nouveau-Brunswick établie par une ordonnance du lieutenant-gouverneur de cette province. Toutefois, celle-ci se fondait sur une disposition du *Code criminel* [3]. Comme cette ordonnance tirait nettement son pouvoir d'une loi fédérale, la Commission a pu être considérée par la Cour comme émanant d'une telle loi et non d'une loi provinciale, auquel cas cette commission serait tombée dans le cadre de la première exclusion prévue à l'article 2g) [4]. Ce qui fut déterminant pour le juge Heald ce ne fut pas de savoir qui avait nommé les membres de la Commission, mais plutôt de connaître l'origine législative des pouvoirs habilitant à nommer de tels membres. Ici, la Commission devait son existence à une loi fédérale.

---

2. Nicole VALLIÈRES et Denis LEMIEUX, « Le fondement constitutionnel du pouvoir de contrôle judiciaire exercé par la Cour fédérale du Canada », (1975) 2 *Dalhousie L.J.* 268. Une cour supérieure pourrait cependant exercer un pouvoir de contrôle sur un organisme fédéral en prétendant que celui-ci n'exerce pas sa compétence en s'appuyant sur une disposition législative fédérale valide, p. 300.
3. Article 547 du *Code Criminel* du Canada.
4. Lingley v. Hickman, [1972] C.F. 171, p. 180–181, le juge Heald. Voir *Re Fortier Arctic* v. *Liquor Control Board of the Northwest Territories*, (1972) 21 D.L.R. (3d) 619, pp. 627–628, le juge Morrow.

Dans le cas d'un organisme qui n'est pas législativement constitué, mais qui se comporte comme un organisme fédéral, la situation est la même. S'il « agit et exerce ses pouvoirs comme un office ou tribunal fédéral aux termes des règlements fédéraux et d'une lois fédérale » [5], la Cour considère qu'elle a le pouvoir d'accorder un redressement en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. À l'article 2g), le législateur a pris soin d'inclure les organismes « prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ».

En fait il est relativement facile de déterminer si un organisme tient ou prétend tirer son existence d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale. Il s'agit de trouver le palier législatif habilitant.

Récemment les juges de la Cour suprême [6] ont eu à se demander si le Conseil d'arbitrage chargé de résoudre un différend entre la Société Radio-Canada et une association de ses employés était un office au sens de l'article 2g). La Cour a unanimement décidé que « la compétence ou les pouvoirs du Conseil d'arbitrage n'ont pas été conférés par une loi du Canada ou sous le régime d'une telle loi. Ils provenaient de la convention collective » [7]. Au moment de la signature de la convention collective, l'article 19 de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* [8] comportait l'obligation stricte d'insérer une disposition pour le règlement définitif de tout différend. Pourtant le juge Laskin, parlant au nom de la Cour sur ce point, décida que cet article n'avait pas pour effet de ramener « tout instrument semblable de règlement dans la catégorie des tribunaux publics qu'envisage la définition à l'article 2g) » [9].

---

5. *Steve Dart Co.* v. *La Commission d'arbitrage*, [1974] 2 C.F. 215, p. 220, le juge Addy.
6. *Association des Employés de Radio et Télévision du Canada* v. *Société Radio-Canada*, [1975] 1 R.C.S. 118. Voir à ce sujet *P.G.C.* v. *Lavell*; *Isaac* v. *Bédard*, [1974] R.C.S. 1349, pp. 1379–1381, le juge Laskin. Déjà dans cette affaire il émettait des doutes sur la question de savoir si un conseil de bande, même s'il a été élu en vertu de l'article 74 de la *Loi sur les Indiens* (S.R.C. 1970, c. I–6), était la forme de tribunal envisagée à l'article 2(g) ; mais voir *Mary Diabo* v. *Mohack Council*, [1975] C.S. nº 05–0133, 31–754. Aussi, *Central Broadcasting Co* v. *Haweyluk*, [1975] 4 W.W.R. 15.
7. *Ass. des Employés de Radio et T.V.*, *Ibid.*, p. 134.
8. S.R.C. 1952, c. 152. Maintenant *Code Canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L–1.
9. *Ass. des employés de Radio et T.V.*, *op. cit.*, note 6 p. 134.

En plus d'être un organisme statutaire fédéral, il faut que celui-ci exerce « une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi ». À ce sujet, certains cas peuvent comporter des situations de droit privé. La question à résoudre est alors de savoir si le pouvoir exercé par un organisme tire son origine d'une convention intervenue entre les parties ou bien de la loi. Nous pensons ici à l'affaire *McCleery* v. *La Reine* [10], où l'on soutenait que le commissaire de la Gendarmerie royale, lorsqu'il renvoie un membre, exerce simplement un droit en vertu d'un contrat et non un pouvoir conféré par une loi du Parlement du Canada. Après avoir examiné la *Loi sur la gendarmerie royale du Canada* [11], le juge Thurlow décida que « l'engagement d'un membre n'est plus qu'un engagement à servir la Couronne selon les termes et dans les conditions prévues par la loi . . . et tout pouvoir que détient le commissaire pour congédier ou renvoyer un tel membre découle de la loi elle-même et non de l'engagement » [12].

Ceci nous amène à analyser une affaire qui s'est rendue devant la Cour d'appel du Québec dans *Président de la Commission d'appel des Pensions* v. *Matte* [13]. Cette Commission est un organisme créé par la *Loi sur le Régime des pensions du Canada* [14]. La *Loi sur le régime des rentes du Québec* [15] donnait la possibilité au bénéficiaire qui n'était pas satisfait de la décision de la Régie des rentes de se pourvoir devant une commission de révision. Le lieutenant-gouverneur en conseil désignait, en vertu de l'article 229 de la loi, le tribunal qui agissait comme commission de révision. Le gouvernement du Québec avait désigné à cette fin la Commission d'appel des pensions du Canada. Le Parlement fédéral, pour sa part, a obligé la Commission à agir comme tribunal d'appel lorsqu'une législature provinciale le prévoit [16].

Suivant le juge Gagnon, il ressort de ces textes « que la juridiction relative aux appels a été conférée à la Commission fédérale et à son président par le gouvernement du Québec sous l'autorité d'une loi de

10. [1974] 2 C.F. 339.
11. S.R.C. 1970, c. R-9.
12. *Loc. cit.*, note 10, p. 348.
13. [1975] C.A. 22-4-74, nº 09 000056-74 ; résumé à [1974] C.A. 252.
14. S.R.C. 1970, c. C-5, art. 2(1) et 85.
15. 13-14 Eliz. II, c. 24, art. 196.
16. Art. 87 de la *Loi sur le Régime des pensions du Canada, loc. cit.*, note 14. Ce pouvoir est maintenant exercé au Québec par la Commission des affaires sociales. Cf. *Loi de la Commission des affaires sociales*, L.Q. 1974, c. 39, art. 20(k).

la province et pour l'application de cette même loi » [17]. Il en déduit que lorsque cette Commission agit en vertu de la *Loi sur le régime des rentes du Québec* [18] et lorsque son président exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par cette loi, cette Commission constitue un tribunal relevant de la compétence de la Législature du Québec au sens de l'article 33 du *Code de Procédure Civile du Québec* [19]. Comme corollaire, la Commission de révision n'est pas un « office, commission ou autre tribunal fédéral » au sens de l'article 2g), et la Cour d'appel fédérale ou la Division de première instance n'ont pas alors de droit de regard sur les décisions de la Commission [20]. Ainsi, lorsqu'une commission fédérale est désignée pour exercer une compétence législative provinciale, elle n'est pas comprise dans la définition de l'article 2g) lorsqu'elle agit dans l'exécution d'une telle attribution.

On peut donc regrouper, dans cette catégorie que nous avons baptisée « organisme fédéral au sens strict », tout office, commission ou autre tribunal d'origine statutaire fédérale qui exerce des pouvoirs conférés par une loi fédérale [21]. C'est dans cette catégorie que nous retrouvons la plupart des organismes contrôlés par la Cour fédérale. Les autres, nous les retrouvons dans la catégorie que nous avons appelée « organisme fédéral désigné ».

B – Organismes fédéraux désignés.

L'article 2g) exclut aussi les personnes nommées en vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* [22]. Afin de diminuer la portée de cette exclusion la Cour a utilisé une théorie développée par les tribunaux vers le milieu du XIX[e] siècle, celle de la *persona designata* [23]. Cette théorie en est une d'interprétation des lois et il n'est donc pas

17. *Loc cit.*, note 13, p. 4.
18. *Loc cit.*, note 15.
19. S.Q. 1965, c. 80.
20. *Loc. cit.*, note 13, pp. 4–5.
21. Il pourrait arriver exceptionnellement que le pouvoir exercé découlât d'une prérogative royale résiduelle.
22. 1867 (Imp.), 30–31 Vict. c. 3, désormais appelé dans le texte l'*A.A.N.B.* ; voir M. Oliver, *A.A.N.B. et Statuts connexes, 1867–1962* ; S.R.C. 1970, app. II.
23. Pour un excellent exposé sur le développement de la notion de personne désignée, nous vous référons à l'arrêt *Hynes* v. *Swartz*, [1938] 1 D.L.R. 29, pp. 31–34, le juge Middleton. Voir aussi l'article de D.M. Gordon, « *Persona Designata* », (1927) 5 *R. du B. Can.* 174.

surprenant que la Cour fédérale l'ait utilisée pour interpréter les lois fédérales conférant des pouvoirs aux juges nommés en vertu de l'article 96 de l'*A.A.N.B.*

Cette théorie est applicable « *where a person is indicated in a statute or such instrument, not by name, but by his name of office or as one of a class. Then question arises whether he is meant in his official or class capacity, or whether the intention is to single him out as a* persona designata, *that is, as an individual, the reference to his office or class being merely a descriptive means of identifying him* » [24]. C'est donc dans la loi qui confère des pouvoirs à un juge d'un tribunal judiciaire nommé en vertu de l'article 96 qu'il faudra chercher l'intention du législateur. Car, il n'y a pas de principes absolus pour déterminer si une personne agit en vertu de son titre officiel ou comme personne désignée [25]. Cependant, il existe certains critères utiles pour établir cette distinction. Nous énumérons ici les plus importants.

Comme règle de base, le législateur a manifesté son intention qu'un juge agisse comme personne désignée lorsqu'il lui délègue par statut « une juridiction, spéciale distincte et indépendante de sa compétence ordinaire » [26]. Est-ce à dire que le seul fait que ce soit une loi particulière, par opposition à une loi de caractère général, qui attribue la juridiction suffise pour faire du titulaire une personne désignée ? Il semblerait que non. C'est pourquoi à cette première règle s'ajoute un critère complémentaire. La loi qui confère une juridiction à une personne désignée doit contenir des dispositions nécessaires à l'exercice de cette compétence spéciale, indépendamment et parfois contrairement à la juridiction générale et à la procédure de la cour à laquelle elle appartient [27]. On se rend compte que les fonctions confiées par la loi à un juge

24. D.M. Gordon, *ibid.*, p. 174.
25. *Charbonneau* v. *P.G.Q.*, [1973] R.P. 10, p. 23. Voir au même effet, *The King* v. *Northumberland Ferries Ltd.*, [1945] R.C.S. 458, p. 466, le juge Rinfret ; *In re Lasalle Land Dev.* v. *Alepin*, [1972] C.A. 885, p. 888.
26. *Charbonneau* v. *P.G.Q.*, *ibid.*, p. 22. Voir au même effet, *C.N. Ontario Railway Cie* v. *Smith*, [1915] R.C.S. 476, pp. 479-480, les juges Rinfret et Duff ; *Puerto Rico* v. *Hernandez*, [1975] R.C.S. 228, p. 238, le juge Pigeon.
27. *C.N. Ontario Railway*, *ibid.*, p. 480, le juge Rinfret ; voir aussi l'arrêt de base au Canada sur ce sujet, *C.P.R.* v. *Little Seminary of Ste-Thérèse*, (1889) 16 R.C.S. 606, p. 619, le juge Patterson. L'indice retenu par la Cour dans cette affaire était que le juge était tenu de procéder de manière sommaire. Ce jugement a été suivi dans l'arrêt *Biggs* v. *M.N.R.*, [1954] R.C.E. 702, p. 705, le juge Cameron.

auraient pu l'être à n'importe quel autre officier public [28]. La personne désignée ne tire aucunement sa capacité d'agir de son statut officiel. Souvent, si on confie une juridiction particulière à un juge « c'est à cause des garanties qu'une telle personne pouvait donner aux intéressés et au public »[29].

Le premier arrêt rendu par la Cour fédérale sur cette question est l'affaire *Lavell* v. *P.G.C.* [30]. Malheureusement le juge Thurlow résout très rapidement la question à savoir si le juge Grossberg de la Cour de comté de l'Ontario agissait comme personne désignée lorsqu'il exerçait ses fonctions de registraire en vertu de la *Loi sur les Indiens* [31] ou s'il agissait alors à titre de juge de la Cour de comté. Selon lui, « puisque le juge exerçait ses pouvoirs et sa compétence sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, il n'exerçait pas une fonction ou la compétence du tribunal auquel il siège en tant que juge » [32]. Le juge Thurlow semble considérer seulement le fait que la fonction est déléguée par une loi particulière, sans vérifier au fond l'intention du législateur. C'est sûrement donner au critère de la désignation par un statut une portée qui n'est pas généralement reconnue par la jurisprudence à ce seul indice.

Cet arrêt fut repris par le même juge dans *Armstrong* v. *État du Wisconsin* [33]. Un des points soulevés par cette affaire était de déterminer si un juge d'une Cour de comté exerçant un pouvoir judiciaire conféré par la *Loi sur l'Extradition* [34] agit alors comme personne désignée. Les trois juges de la Cour d'appel fédérale opinèrent en quelques phrases dans le sens de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Re Milbury*[35]. Cette cour avait décidé qu'elle n'avait pas juridiction pour entendre une demande de *certiorari* contre une décision d'un juge d'extradition qui agissait comme personne désignée en vertu de la *Loi sur l'Extradition*, et

28. *Plante* v. *Forest*, (1936) 61 B.R. 8, p. 16, le juge Galipeault. Voir aussi *Biggs* v. *M.N.R.*, *ibid.*
29. *Plante* v. *Forest*, *ibid.*
30. [1971] C.F. 347. Voir le commentaire de J.E. Côté, (1972) 50 *R. du B. Can.* 519. Malheureusement l'auteur base une partie de son argumentation sur une prémisse fausse. Contrairement à ce qu'il avance, l'affaire *Lavell* n'est pas un cas d'appel devant la Cour fédérale, mais plutôt un recours en cassation suivant l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.
31. *Loc. cit.*, note 6.
32. *Loc. cit.* note 30, p. 349.
33. [1972] C.F. 1228.
34. S.R.C. 1970, c. E-21.
35. (1972) 25 D.L.R. (3d) 499.

non à titre de juge nommé en vertu de l'article 96 de l'*A.A.N.B.* Conséquemment, il était un tribunal fédéral au sens de l'article 2(g) de la *Loi sur la Cour fédérale.*

Ces arrêts disposent de façon assez sommaire de l'application de la théorie de personne désignée à certains juges nommés en vertu de l'article 96 de l'*A.A.N.B.* L'affaire *Procureur général du Canada* v. *Morrow* [36], qui a soulevé une vive polémique [37] de la part du juge impliqué, constituait une belle occasion pour la Cour d'approfondir son argumentation à ce sujet. Dans cette affaire le registrateur, en vertu de la *Loi sur les titres de biens fonds* [38], avait déféré une opposition à l'enregistrement de certains titres devant le juge Morrow siégeant à la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest.

Il fallait donc savoir si le juge siégeait à titre de personne désignée plutôt qu'à titre de juge de la Cour suprême des Territoires [39]. Le juge Collier remarqua qu'il n'y avait dans la loi ni uniformité ni logique dans l'emploi des expressions « cour » ou « juge », mais que plusieurs articles étaient inconciliables avec l'affirmation selon laquelle le terme « juge » était employé dans le sens de personne désignée [40]. Malheureusement il n'explique pas quels sont ces articles et en quoi ils sont inconciliables avec l'application de la théorie de la personne désignée. Il ne s'agit pas de contester la conclusion du juge Collier car nous croyons qu'elle est justifiée. L'analyse de la *Loi sur les titres de biens-fonds* [41] nous révèle que le juge auquel réfère la loi n'est pas compris dans la liste des fonctionnaires relevant du ministère des affaires indiennes et du nord canadien [42]. Pour examiner les titres le juge « a tous les pouvoirs que possèdent ordinairement les cours de justice civile et les juges de ces cours dans les actions civiles portées devant elles » [43]. Entre autres indices, il est possible

36. [1973] C.F. 889.

37. *Time*, 23 juillet 1973, pp. 6–7.

38. S.R.C. 1970, c. L–4, art. 154.

39. L'article 28 de la *Loi d'interprétation du Canada*, S.R.C. 1970, c. I-23, prévoit que le mot « province » comprend les Territoires du Nord-Ouest. La Cour suprême des Territoires est donc une cour supérieure exclue par les termes de l'article 2(g).

40. *Loc. cit.*, note 36, pp. 892–893.

41. *Loc. cit.*, note 38.

42. *Ibid.*, art. 21.

43. *Ibid.*, art. 62.

d'interjeter appel de la décision du juge d'enregistrer un titre à la Cour d'appel des Territoires [44].

Bien que l'on puisse reprocher aux juges d'être peu loquaces, il semble maintenant courant que la Cour fédérale considère des personnes nommées en vertu de l'article 96 de l'*A.A.N.B.* comme personnes désignées [45]. Cette application nous semble conforme à l'esprit de la *Loi sur la Cour fédérale* qui tendait à regrouper tout le contrôle judiciaire de l'administration fédérale au sein d'un seul forum. L'utilisation de cette notion de « personne désignée » par la Cour nous prouve qu'elle est disposée à se donner les armes nécessaires pour remplir son rôle.

Pour ce qui est des commissions administratives provinciales ou des personnes siégeant à ces commissions, il nous semble que l'on pourrait appliquer par analogie le raisonnement du juge Gagnon dans l'affaire *Matte* [46]. Il serait sans doute possible pour la Cour fédérale de contrôler une commission constituée par une loi provinciale mais qui a été désignée par une loi fédérale pour appliquer du droit fédéral, à condition bien sûr qu'elle agisse dans l'exécution de ses pouvoirs fédéraux. Nous n'avons pas encore rencontré de situations semblables devant la Cour fédérale, mais il se pourrait bien qu'un jour le cas se présente.

Nous ne croyons pas cependant que ce raisonnement s'applique généralement en matière pénale, bien qu'il s'agisse là d'une compétence fédérale. Comme l'explique le juge Pigeon dans l'arrêt *Hernandez*, « la compétence en matière pénale est généralement exercée par les cours de justice, non par les offices, commissions ou autres tribunaux, et, par conséquent, il faut encore, pour obtenir un redressement, s'adresser dans la plupart des cas aux cours supérieures de juridiction criminelle » [47]. En effet, lorsqu'une cour de justice provinciale exerce sa compétence en matière pénale elle n'exerce pas une compétence d'attribution et ses membres n'agissent pas

44. *Ibid.*, art. 66 et art. 187. Voir à ce sujet E. Côté, *loco cit.*, note 30.

45. *In re Shell Canada*, [1975] C.F. 184, p. 191 ; *North American News* v. *Sous M.R.N.*, [1974] 1 C.F. 18. Cependant les articles 47 et 50 de la *Loi sur les Douanes* (S.R.C. 1970, c. C–40) prévoient un appel à la Cour fédérale des décisions d'un juge d'une Cour de comté en vertu de cette Loi.

46. *Loc. cit.*, note 13.

47. *Loc. cit.*, note 26, p. 234. Voir l'arrêt *Re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526.

comme personnes désignées, mais elle agit plutôt comme cour de justice criminelle [48].

Même si les cas soumis aux cours nous semblent à première vue disparates, nous retrouvons en fait deux grandes catégories d'organismes assujettis au pouvoir de contrôle de la Cour fédérale. Il y a, premièrement, tous les organismes statutaires fédéraux qui exercent des pouvoirs conférés par une loi du Parlement fédéral [49]. Ensuite, il y a les organismes statutaires provinciaux qui, indépendamment de leur mode de nomination, exercent un pouvoir attribué par une loi fédérale à titre de personnes ou d'organismes désignés. Il s'agira maintenant d'envisager les conditions de recevabilité des recours propres à mettre en œuvre le pouvoir de contrôle contre ces organismes.

II. LA RECEVABILITÉ DES RECOURS

Les moyens par lesquels s'exerce le contrôle judiciaire en Cour fédérale ont déjà suscité une abondante jurisprudence. En effet, ces moyens sont nombreux et la distinction entre l'un ou l'autre est souvent mince. Il y a aussi le fait que la Cour fédérale est bi-divisionnelle, c'est-à-dire qu'elle est formée de deux divisions, soit la Division d'appel et la Division de première instance [50]. Le contrôle judiciaire de l'administration fédérale s'exerce aux deux paliers au moyen de recours propres à chacun. Le choix du recours déterminera la compétence respective des deux divisions. Mais ce choix est soumis à l'interprétation des divers articles donnant compétence à l'une ou l'autre division. De cette interprétation dépend la mise en application efficace de la *Loi sur la Cour fédérale.*

48. Voir Gilles Létourneau, *The Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure,* Toronto, 1976, p. 132.

49. L'interprétation judiciaire de l'article 2(g) tend à inclure toute l'administration publique fédérale. Il pourra arriver qu'un préposé de la Couronne n'ait pas la capacité d'être partie défenderesse en Cour fédérale, bien qu'il exerce un pouvoir conféré par une loi fédérale. La Couronne comparaîtra alors à sa place, même si elle n'est pas strictement mentionnée à l'article 2(g). Voir sur ce point le *dictum* du juge Thurlow dans *M.R.N.* v. *Creative Shoes,* [1972] C.F. 993, p. 999, à l'effet que la Couronne n'était pas comprise à l'article 2(g). La Cour a effectivement accordé des jugements déclaratoires contre la Reine dans l'arrêt *Landreville* v. *La Reine,* [1973] C.F. 1223 et dans *Smith* v. *La Reine,* [1972] C.F. 561, pour ne citer que ces exemples. Dans l'affaire *Creative Shoes* on demandait l'émission d'un bref de *certiorari;* on sait par ailleurs qu'en *common law* la Couronne jouit d'une immunité à l'encontre de brefs de prérogative.

50. Article 4 de la *Loi sur la Cour fédérale.*

Certains auteurs [51] ont exprimé des craintes à propos de cette division de la compétence de la Cour fédérale. Le danger de rejet pour incompétence obligerait le demandeur à prendre plusieurs recours simultanément et, dans le cas où il n'aurait pas eu cette prudence, la recherche successive du bon recours entraînerait des délais trop longs [52] ou des procédures trop coûteuses.

La Cour fédérale seule, par l'interprétation judiciaire, peut aider à mettre fin à ces spéculations. C'est le premier rôle qu'elle a à jouer si elle veut remplir efficacement sa mission.

L'analyse jurisprudentielle devrait nous permettre de savoir si la Cour a effectivement clarifié la situation. Nous procéderons donc à une analyse critique des décisions relatives à la recevabilité des recours devant la Division d'appel et dans un deuxième temps devant la Division de première instance.

A – Devant la Division d'appel

La compétence de la Division d'appel en matière de contrôle judiciaire est très étendue, souvent exclusive et fréquemment utilisée. Ainsi, un requérant qui s'adresse à la Cour fédérale devra d'abord se demander si son recours peut s'exercer devant la Division d'appel. Ce n'est que dans la négative qu'il pourra tenter de présenter sa demande devant la Division de première instance. C'est pourquoi nous avons choisi d'aborder la Division d'appel en premier lieu. Sa compétence s'exerce principalement au moyen d'un nouveau recours spécial, la demande d'examen et d'annulation prévue à l'article 28(1). Lorsque ce recours est admissible la juridiction de la Division d'appel est exclusive de la juridiction de la Division

51. Robert REID, *Administrative Law and Practice*, Toronto, Butterworth, 1971, p. 449 ; René DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t. 2, Québec, P.U.L., 1974, p. 1014 ; Norman FERA, « Review of Administrative Decisions under the Federal Court Act 1970 », (1971) 14 *Adm. Pub. Can.* 580, pp. 583–584 ; G.V.V. Nicholls, « Federal Proposals for Review of Tribunals Decisions, (1970) 18 *Chitty's L.J.* 254, p. 255 ; D. J. MULLAN, « The Federal Court Act : A misguided Attempt at Administrative Law Reform ? », (1973) 23 *U. of T.L.J.* 14, pp. 25–28. Cette question a aussi été discutée devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, Chambre de Communes, 28(2) fasc. 17–33, 1969–70, à 27:10, 27:31, 28 : 39–41.

52. L'article 28(2) stipule que la demande de révision de l'article 28(1) doit être présentée dans les 10 jours qui suivent la première communication de la décision. Il y a cependant possibilité de demander une prolongation de délai.

de première instance [53]. Les organismes compris dans la définition de l'article 2 g) ont aussi la possibilité de renvoyer de leur propre chef à la Cour d'appel toute question de droit, de compétence et de pratique [54]. Enfin, c'est la Division d'appel qui est chargée, en vertu de diverses dispositions prévues expressément dans les lois du Parlement du Canada, d'entendre les diverses formes d'appel qui y sont stipulées. Ces appels, compte tenu de l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*, sont censés être exclusifs des autres recours. Enfin, il ne faut pas oublier que la Division d'appel a aussi compétence pour entendre les appels des jugements de la Division de première instance [55].

Au simple exposé des différents recours accessibles en Cour d'appel on voit déjà que la situation est assez complexe. Par ailleurs tous ces recours donnent à la Division d'appel un large mandat quant au contrôle judiciaire de l'Administration fédérale. Pour déterminer à quoi s'étend le pouvoir de contrôle de la Cour d'appel, nous examinerons successivement les conditions de recevabilité du recours sous l'article 28(1), du renvoi sur question de droit, de compétence et de pratique, et enfin le cas des appels statutaires. Nous établirons les conditions d'accessibilité telles qu'exprimées par la Cour dans ses jugements et révisées éventuellement par la Cour suprême. Nous verrons dans quelle mesure les craintes formulées à l'endroit de la phraséologie des dispositions attributives de compétence à la Division d'appel étaient ou non fondées.

1. *Le Recours en révision sous 28(1)*

Le texte de l'article 28(1) nous présente ce recours comme suit :

> « 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 d'une 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, . . . »

53. Article 28(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui stipule : « Lorsque, en vertu du présent article, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, la Division de première instance est sans compétence pour connaître de toute procédure relative à cette décision ou ordonnance ». *Edwards* v. *M.m.d.l.*, [1975] C.F. 3.

54. Article 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale.*

55. Article 27 de la *Loi sur la Cour fédérale.*

Lorsqu'on soulève le défaut de compétence de la Cour d'appel en vertu de cet article c'est parce que l'on achoppe sur le sens des mots « décision ou ordonnance » ou sur la formulation de décision ou ordonnance « de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire ». Le législateur, pour sa part, a introduit ce nouveau recours afin d'améliorer et d'étendre le contrôle judiciaire des grandes commissions fédérales « qui décident des questions importantes qui touchent la majorité des citoyens du pays » [56]. Il nous faut maintenant voir comment la Cour a interprété les deux conditions de recevabilité de ce recours.

a) Sens de « décision ou ordonnance »

L'article 28(1) prévoit que la Division d'appel peut exercer sa compétence à l'endroit de décisions ou ordonnances rendues par un organisme fédéral, « ou à l'occasion de procédures » engagées devant un tel organisme. On pouvait se demander si un recours en révision devant la Division d'appel devait s'exercer après qu'une décision eût mis fin à une affaire ou si au contraire on pouvait s'adresser à elle à tout moment en cours d'instance. La Cour fédérale a eu à se prononcer sur cette question à quelques reprises.

La portée de l'arrêt Cylien

L'arrêt servant de précédent à ce sujet est l'affaire *P.G.C.* v. *Cylien* [57]. Dans cette affaire le procureur général demandait un examen judiciaire de l'ordonance rendue en cours d'instance par la Commission d'appel de l'immigration demandant que le dossier de l'enquête ayant abouti à une ordonnance d'expulsion contre Cylien lui soit transmis. Il s'agissait donc pour la Cour de déterminer si l'acte attaqué était une « décision » pouvant être annulée en vertu de l'article 28. Le juge en chef Jackett répondit en ces termes : « Une décision susceptible d'annulation en vertu de l'article 28(1) doit être une décision résultant de l'exercice ou du prétendu exercice d'une compétence ou des pouvoirs conférés par

56. Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *op. cit.*, note 51, p. 33:63. Il a donné cette juridiction à la Cour d'appel
1) parce que les tribunaux intéressés sont composés d'un certain nombre de personnes. Il est donc préférable de leur assigner plus d'un juge.
2) afin d'avoir une procédure qui permettrait de s'adresser directement à la Cour d'appel ; ainsi on éviterait les délais et aussi des frais ; pp. 33:63–64, M. Maxwell.

57. [1973] C.F. 1166.

une loi du Parlement du Canada. 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 sa décision, la question est tranchée et même le tribunal ne peut y revenir » [58].

Le juge Jackett reprit le raisonnement qu'il avait suivi dans l'affaire *National Indian Brotherhood* v. *Juneau* nº 2 [59] où il avait discuté de cette question sans la trancher. Dans cet arrêt, il s'exprimait ainsi : « Ces termes (décision ou ordonnance) s'appliquent clairement à la décision ou ordonnance émanant d'un tribunal en réponse à une requête lui demandant d'exercer ses pouvoirs après avoir adopté la procédure qu'il décide d'adopter pour conclure sur ce qu'il doit faire en réponse à la demande. Je suis enclin à croire, cependant, qu'il est douteux que ces termes s'appliquent aux innombrables décisions que le tribunal doit rendre au cours des procédures qui aboutissent au prononcé du jugement » [60].

Ainsi la décision de la Commission du tarif déclarant qu'elle n'a pas compétence pour examiner les directives du sous-ministre du revenu national sur la valeur imposable de certains effets n'est pas susceptible d'examen et d'annulation sous l'article 28(1) [61]. « Décider si elle est autorisée est une question de droit que la Commission n'a pas la compétence ni le pouvoir de trancher indépendamment des appels sur lesquels il lui incombe de se prononcer. Bien sûr, pour pouvoir statuer, la Commission doit prendre position sur cette question, ce qui se reflètera dans sa décision ; mais toute déclaration de la Commission sur une question avant qu'elle ait réellement tranché un appel et donc séparément de celui-là n'a aucun effet juridique » [62].

Reprenant le raisonnement du juge Jackett dans l'affaire *In re la Loi anti-dumping et re Danmor Shoe* [63], le juge Urie déclarait dans l'arrêt *Société d'intérêt public* v. *C.C.T.* [64] : « Le point essentiel de cette décision porte qu'un tribunal, comme le comité des télécommunications de la C.C.T., a la compétence principale de rendre des décisions ou ordonnances, et qu'au cours du processus y menant, il est compétent pour

58. *Ibid.*, p. 1175–1176.
59. [1971] C.F. 73.
60. *Ibid.*, p. 78.
61. *In re la Loi anti-dumping et re Danmor Shoe*, [1974]1 C.F. 22.
62. *Ibid.*, p. 29. Voir aussi *B.C. Packers* v. *C.C.R.T.*, [1973] C.F. 1194, p. 1196, le juge Thurlow y traitant de l'opinion du C.C.R.T. quant à sa compétence.
63. *Loc. cit.* note 61.
64. [1974] 1 C.F. 324.

tenir des auditions, comme la loi le requiert, et pour rendre des *décisions incidentes* à la conduite de ces auditions qui lorsque l'affaire est tranchée peuvent fonder l'annulation de la décision définitive au motif que le tribunal, se fondant sur ces décisions incidentes, n'a pas observé un principe de justice naturelle en rendant la décision attaquée » [65].

Il semble donc acquis qu'une décision accessoire ou interlocutoire prise au cours des procédures, avant de trancher définitivement une affaire ne donne pas ouverture au recours en révision sous 28(1) [66]. En plus de sa compétence pour statuer sur un objet, un organisme a le pouvoir accessoire de rendre des décisions nécessaires à la conduite des procédures. Toutefois ces décisions incidentes n'ont pas d'effets juridiques indépendants, bien qu'elles puissent servir de fondement à l'annulation de la décision définitive.

Ceci ne veut pas dire que l'on ne pourra jamais attaquer une décision prise au cours de procédures par le biais de l'article 28(1). Le juge Thurlow, dans *B.C. Packers* [67], et le juge Jackett, dans *In re la Loi anti-dumping* [68], soulèvent cette éventualité. Le juge Thurlow parle de cette possibilité à condition qu'il s'agisse d'une ordonnance enjoignant aux parties de faire quelque chose qu'il est de la compétence de l'organisme d'ordonner. Il se dépêche d'ajouter que l'affirmation du C.C.R.T. quant à sa compétence n'a pas ce caractère, mais qu'elle est comparable à celle examinée par la Cour dans l'*affaire Cylien*. Il signale alors en

65. *Ibid.*, p. 325. Voir au même effet *National Indian Bro.* v. *Juneau, loc. cit.*, note 59, p. 79 ; *In re la Loi anti-dumping, loc. cit.*, note 61, p. 30.

66. Voir, à titre d'exemple, *Millward* v. *C.F.P.*, [1974] 2 C.F. 530, p. 532, une demande d'annulation d'une ordonnance refusant un ajournement et d'une autre ordonnance décidant de tenir une enquête publiquement, est de la compétence de la Division de première instance. Également, le rejet d'une requête demandant à la C.C.T. de suspendre ses procédures afin de trancher une question de droit préliminaire ne constitue pas une décision au sens de l'article 28(1) : *Société d'intérêt public* v. *C.T.C., loc. cit.*, note 64. De plus, il faut vraiment que l'organisme ait le pouvoir de trancher quelque chose et n'ait pas seulement une compétence liée : *Bay* v. *La Reine*, [1974] 1 C.F. 523. Par ailleurs, le refus du président d'un conseil arbitral d'accorder une une autorisation d'appeler, est contrôlable sous 28(1) parce qu'il constitue l'exercice d'un pouvoir qui a pour effet de régler l'affaire de telle sorte que même le tribunal ne peut y revenir : *Mahaffey* v. *Nykyforuk*, [1974] 2 C.F. 801, pp. 805–806, le juge Heald et *Amputés de guerre* v. *Conseil de revision des pensions*, [1975] C.F. 447.

67. *Loc. cit.*, note 62

68. *Loc cit.*, note 61.

note que cette affaire portait sur le sens du mot « décision » et ne portait aucunement sur le sens du mot « ordonnance » [69]. Selon le juge Jackett, si la loi conférait à un organisme le pouvoir explicite de déterminer sa propre compétence, ou si un tribunal avait le pouvoir spécial de rendre des décisions interlocutoires de manière à leur donner un effet juridique indépendant, il y aurait lieu d'appliquer l'article 28(1) ainsi que les considérations particulières applicables au cas d'une demande d'annulation d'une ordonnance [70]. Pour le moment il s'agit de situations hypothétiques, car il ne semble pas qu'un cas semblable ne soit déjà présenté devant la Cour.

En résumé il y a, croyons-nous, une tendance très nette de la part de la Cour fédérale à restreindre la portée des mots « décision ou ordonnance » de l'article 28(1). L'attitude de la Cour à cet égard se reflète très bien dans l'avis rédigé par le juge Jackett, en annexe de l'arrêt *In re la Loi anti-dumping et re Danmor Shoe* [71]. Elle est basée sur la prémisse que « le but des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* est de fournir un contrôle judiciaire rapide et efficace des travaux des offices, commission ou autres tribunaux fédéraux avec une ingérence minimale dans ces travaux » [72].

En reportant le contrôle judiciaire sous 28(1) au moment où la décision ultime est prise on évite ainsi les recours dilatoires et les retards inutiles qui pourraient entraver le travail des grandes commissions administratives. Cette position de la Cour nous semble conforme à la réalité administrative et s'inscrit bien dans le contexte général de la *Loi sur la Cour fédérale*. En effet, il faut se rappeler que ce recours est conçu comme une exception à la règle générale du contrôle judiciaire traditionnel exprimée à l'article 18 de la loi. Ensuite, il faut tenir compte du fait que si une des parties ne veut pas prendre le risque d'une audition longue et coûteuse qu'elle croit sans issue, elle a la possibilité d'utiliser d'autres recours comme nous le verrons subséquemment [73].

---

69. *B.C. Packers* v. *C.C.R.T., loc. cit.*, note 62, p. 1196 et note 1, p. 1199.
70. *In re la Loi anti-dumping, loc. cit.*, note 61, p. 30, note 5. Le juge Jackett avait déjà soulevé implicitement cette possibilité dans l'affaire *Cylien, loc. cit.*, note 57, pp. 1179–1180, aux notes 1 et 3.
71. *Ibid.*, pp. 34–35.
72. *Ibid.*, p. 34.
73. Nous pensons ici au renvoi en vertu de l'article 28(4) et à l'utilisation du bref de prohibition en Division de première instance en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

L'affaire Hernandez

Toutefois, nous ne prétendons pas que cette attitude restrictive doive tourner à la soumission. Ici nous pensons au premier arrêt *Hernandez* [74] en Cour d'appel fédérale. La Cour, ayant à décider si le refus d'un juge d'extradition de délivrer un mandat d'incarcération constituait une « décision » au sens de l'article 28(1), se retrancha derrière ce qu'elle considéra comme un précédent de la Cour suprême. Elle répondit non à la question soulevée, en se basant sur le fait que la Cour suprême avait décidé dans *E.U.A.* v. *Link* [75] qu'une telle décision n'était pas un jugement au sens de l'article 41 de la *Loi sur la Cour suprême* [76]. Le juge Jackett parlant au nom de la Cour dit qu'il n'existait « aucune justification pour adopter un sens du mot décision ou du mot ordonnance, contenus à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui serait différent ou plus large que celui que l'on retrouvait à l'article 2 d) de la *Loi sur la Cour suprême du Canada* en 1955 » [77].

Environ un mois plus tard la Cour d'appel, dans un jugement majoritaire [78] prononcé par le juge Thurlow, déclarait qu'un tel refus ne constituait pas une décision ou ordonnance car il ne décidait rien, alors que le fait d'émettre un mandat d'incarcération avait un tout autre effet et constituait une décision au sens de l'article 28(1) [79]. Le juge Sweet, dissident, vit là une incohérence. Selon lui, l'application de l'arrêt *Link* dans l'affaire *Hernandez* était inévitable. Alors, logiquement il en découlait que l'acte du juge émettant un mandat n'était pas davantage une décision au sens de l'article 28(1) [80].

Il y a dans ces arrêts, croyons-nous, une application servile du précédent judiciaire. La Cour a fait preuve dans ces deux décisions d'une timidité mal fondée qui lui a fait adopter une solution préfabriquée.

Heureusement, la Cour suprême [81] par la voix du juge Pigeon trouva une justification fort simple permettant d'écarter l'arrêt *Link*. Il s'expliquait

74. [1972] C.F. 1076.
75. [1955] R.C.S. 183.
76. S.R.C. 1952, c. 259. L'article 2(d) y définit le mot jugement comme comprenant « tout jugement, règle, ordre, ordonnance, décision, décret, arrêt ou sentence » de la Cour dont appel est interjeté... ; maintenant à S.R.C. 1970, c. S-19.
77. *État Porto Ricain* v. *Hernandez, loc. cit.*, note 74, p. 1077. Voir *supra* note 76.
78. *Armstrong* v. *État du Wisconsin, loc. cit.*, note 33.
79. *Ibid.*, p. 1230.
80. *Ibid.*, p. 1236-1237.
81. *Puerto Rico* v. *Hernandez, loc. cit.*, note 26.

en ces termes : « Je ne puis voir comment une décision sur l'interprétation de la *Loi sur la Cour suprême* pourrait être décisive dans l'interprétation de la *Loi sur la Cour fédérale*. La *Loi sur la Cour suprême* a toujours uniquement visé l'appel des décisions des cours de justice... Au contraire, l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit un droit général d'examen... L'étendue exacte du nouveau recours doit donc se déterminer en tenant compte des termes employés par le Parlement dans le contexte d'une loi adoptée en 1970 » [82]. À ce nouveau recours on peut appliquer de façon toute particulière la règle de l'article II de la *Loi d'Interprétation* [83] qui stipule que « chaque texte législatif est censé réparateur et doit s'interpréter de la façon la plus juste, large et libérale la plus propre à la réalisation de ses objets ».

L'arrêt *Hernandez* en Cour suprême représente une leçon pour la Cour fédérale. Il reconnaît implicitement que la Cour doit être le maître d'œuvre de sa compétence sous l'article 28(1). Parce que ce recours est sans précédent dans l'histoire législative canadienne, la Cour doit être très prudente dans l'utilisation du précédent judiciaire et vraiment voir s'il s'adapte au contexte d'une loi adoptée en 1970 pour améliorer le contrôle judiciaire des organismes administratifs fédéraux.

L'affaire McKendry

Concernant le sens du mot « décision » un autre arrêt nous semble troublant. En effet, dans l'affaire *In re McKendry* [84] la Cour d'appel, par la voix du juge Jackett, a pris pour acquis que la décision d'un juge arbitre rendue pendant une audition, d'accepter l'admission de certaines preuves soumises par l'employeur, constituait une décision au sens de l'article 28(1). Malheureusement comme le fait remarquer Norman Fera [85] il n'y a aucune discussion sur cette question. Personnellement nous croyons que l'article 96(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* [86], qui stipule que « lorsqu'un grief est renvoyé à l'arbitre, l'arbitre doit donner aux deux parties au grief l'occasion d'être entendues »,

82. *Ibid.*, p. 232.
83. *Loc. cit.*, note 39.
84. [1973] C.F. 126. Voir également l'arrêt *Succession Grauer* v. *La Reine*, [1973] C.F. 355, pp. 358–359 où le juge Collier considère qu'il serait possible d'attaquer en Cour d'appel le refus d'un enquêteur d'accorder un ajournement.
85. « Sections 18 and 28 of the Federal Court Act », (1975) 21 *McGill L.J.* 255, p. 261.
86. S.R.C. 1970, c. P–35, modifié par S.C. 1972, c. 18. L'alinéa 2 de l'art. 96 prévoit qu'«après avoir étudié le grief, l'arbitre doit rendre une décision à son sujet ».

est trop général pour justifier cette inférence. Il donne compétence à l'arbitre pour mener une audition, mais selon nous il ne donne pas compétence à la Cour d'appel sous 28(1) pour se prononcer sur la conduite de cette audition, sauf dans la mesure où elle a pu influencer la validité de la décision finale que l'arbitre doit rendre au sujet du grief. Ce raisonnement nous semble conforme à l'attitude qu'adopta plus tard le même juge Jackett dans l'affaire *Danmor Shoe.*

Le silence de la Cour dans cette affaire nous laisse perplexe. Il n'est sûrement pas propice à faire disparaître le climat de spéculation qui régnait lors de l'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans l'affaire *Hernandez* la Cour d'appel était nettement trop exigeante. Dans l'affaire *McKendry* on la trouve trop libérale. Mais malgré ces quelques incidents de parcours qui manifestent une certaine confusion, dans l'ensemble nous retrouvons une ligne de conduite ferme. La Cour cherche généralement à établir une distinction entre la décision d'un organisme relativement à une affaire pour laquelle il est compétent et qui a pour effet de trancher le litige définitivement, et une déclaration d'un tel organisme dans le cadre d'une question préliminaire ou interlocutoire qui ne tranche pas le litige de façon définitive. Seule la décision finale sera susceptible d'annulation en vertu de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale.*

Quoi qu'il en soit, la Cour se devrait pendant les premières années de son existence, de montrer beaucoup de rigueur et de cohérence. C'est sûrement possible lorsqu'elle a à interpréter les termes « décision ou ordonnance », mais peut-être plus difficile lorsqu'elle doit déterminer le contenu du concept « décision de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire ». C'est ce que nous allons voir maintenant.

b) « ...légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire ».

On s'entend généralement pour dire que le législateur en adoptant la *Loi sur la Cour fédérale* a manqué une belle occasion de rompre avec la traditionnelle qualification de la fonction exercée, préalable à l'exercice du pouvoir de contrôle judiciaire. Le Parlement aurait pu reconnaître dans un texte législatif l'approche consacrée par les tribunaux anglais depuis 1964. Cette approche vise à donner à tout citoyen dont les droits sont susceptibles d'être affectés par une décision administrative, fût-elle purement discrétionnaire, la possibilité de connaître au moins de manière générale les faits qui lui sont reprochés ainsi que le droit de fournir des explications. Cette décision pourra être contestée par voie de *certiorari.*

Il s'agit là du « *duty to act fairly* » dont le contenu pourra varier selon chaque cas soumis [87].

Plutôt, comme le disait le juge Collier, « le Parlement a sanctionné la distinction entre ce que l'on appelle les fonctions administratives et les fonctions judiciaires ou quasi judiciaires » [88] par le biais des termes ambigus que l'on retrouve à l'article 28 [89]. Néanmoins, d'après cet article, la Cour d'appel a compétence exclusive pour contrôler toutes les décisions qui ne sont pas de nature purement administrative. Ce qui faisait dire au juge Pigeon dans l'affaire *Hernandez* que « l'article 28 prévoit en somme que le pouvoir de surveillance de la Cour fédérale doit généralement être exercé, non par la Division de première instance au moyen des formes de redressements jusqu'ici disponibles, mais au moyen d'un nouveau recours qui a été créé et défini pour la première fois ». C'était d'ailleurs l'effet recherché par le législateur lors de la création de la Cour fédérale en 1970. Monsieur Maxwell, sous-ministre de la justice à l'époque, admettait que l'article 28 reprenait d'une main ce que la loi avait donné de l'autre à la Division de première instance et qu'il ne restait qu'une juridiction résiduelle devant le tribunal de première instance [91].

Cet article crée un recours plus étendu en prévoyant un droit général d'examen dans des cas définis en termes généraux. Lorsqu'une « décision » a été prise dans l'exercice ou le prétendu exercice de pouvoirs tenus d'une loi fédérale, la Cour d'appel a compétence à moins que la décision en question n'en soit une « de nature administrative qui n'est pas légalement

87. *Ridge* v. *Baldwin*, [1964] A.C. 40 : un chef de police démis de ses fonctions par un Comité de surveillance, ayant de larges pouvoirs discrétionnaires. *Re H.K. an Infant*, (1967) 2 Q.B. 617 : devoir d'être équitable malgré le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la déportation d'un étranger. *Re Liverpool Taxi Owners Ass.*, (1972) 2 All. E.R. 589 : une corporation municipale doit entendre les personnes intéressées avant de décider de diminuer le nombre de licences de taxi.

88. La succession *Grauer* v. *La Reine*, *loc. cit.*, note 84, p. 358. Devant le Comité de la Chambre des communes, *op. cit.*, note 51, M. Henderson soutenait qu'il fallait en profiter pour supprimer cet éternel problème qui se pose à savoir si c'est administratif ou quasi judiciaire : 28 :40–41. Voir aussi les critiques du professeur Nicholls à 27:18 et ss.

89. Le professeur Nicholls dit qu'il peut être difficile de démêler correctement la double négation de l'article 28(1), *ibid.*, 27:21.

90. *Puerto Rico* v. *Hernandez*, *loc. cit.*, note 26, p. 234.

91. Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *op. cit.*, note 51, 26:27.

92. *Blais* v. *Basford*, [1972] C.F. 151, p. 157.

soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire ». On peut présumer que la démarche adoptée par les juges lors de la qualification de la fonction exercée aura un impact important sur la compétence de la Division d'appel.

Un des facteurs qui fait que le recours en annulation prévu à l'article 28(1) peut s'étendre à plusieurs cas est que la Cour n'a pas ici à se poser la question de savoir si les fonctions sont de nature administrative ou judiciaire, mais plutôt celle de savoir si la loi exige que les décisions ou ordonnances, bien que de nature administrative, soient soumises par la loi à un processus judiciaire ou quasi judiciaire [92]. Cette prémisse permet au juge Thurlow d'écarter des arrêts conservateurs tels que *Calgary Power* v. *Copithorne* [93] et *Nakkuda Ali* v. *Jayaratne* [94] lorsqu'il interprète les pouvoirs conférés à la Cour d'appel en vertu de l'article 28(1). Au lieu de s'en tenir à une distinction rigide de la nature de la fonction exercée par un organisme administratif, il s'agit de voir si des pouvoirs, même de nature administrative, sont légalement soumis dans leur exercice à un processus judiciaire ou quasi judiciaire [95]. La loi pourra renfermer des indices procéduraux quelconques, auquel cas les juges auront à examiner si le processus a été suivi. Ou bien, référence sera faite à la *common law* « dont l'application permet de combler les lacunes dans la loi » [96]. Cette interprétation est susceptible d'étendre la portée du processus judiciaire ou quasi judiciaire à plusieurs types de décisions qui antérieurement auraient pu parfois être qualifiées de décisions strictement administratives, faute de critères procéduraux dans le cadre particulier d'une loi.

Quant à la signification de l'expression « processus judiciaire ou quasi judiciaire », d'après le même juge, l'expression qui s'en rapproche le plus se trouve dans des arrêts plus libéraux, tel l'arrêt *St-John* v. *Fraser* [97],

93. [1959] R.C.S. 24.
94. [1951] A.C. 66.
95. *Blais* v. *Basford, loc. cit.*, note 92, p. 162.
96. *Ibid.*, p. 163. Pour s'appuyer le juge Thurlow cite l'arrêt *Cooper* v. *Wandsworth Board of Works*, (1863) 14 C.B.N.S. 180, qui était cité à cet effet par Lord Reid dans l'affaire *Ridge, loc. cit.*, note 87, p. 69. Et il cite à nouveau l'arrêt *Cooper* pour établir le même principe dans l'affaire *McCleery* v. *La Reine, loc.*, note 10, p. 344.
97. [1935] R.C.S. 441. Voir D.J. MULLAN, « Fairness : The new Natural Justice », (1975) 25 *U. of T.L.J.* 281, p. 293. Cet arrêt est appliqué dans l'affaire *Blais* v. *Basford, loc. cit.*, note 92.

Wiswell v. *Winnipeg* [98] et *Board of Education* v. *Rice* [99]. Ce qui signifie qu'un tribunal, tout en remplissant des fonctions administratives, doit agir de façon juste et impartiale ou juste et équitable [100].

L'arrêt Lazarov

Dans l'affaire *Lazarov* [101], le juge Thurlow (auquel ont souscrit les juges Pratte et Choquette), fidèle à sa démarche, rappelle qu'il s'agit de déterminer si la fonction du ministre chargé d'émettre un certificat de citoyenneté, et qui est manifesement de nature administrative, devrait être soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire [102]. Après s'être interrogé sur la nature de l'objet en litige, sur les circonstances dans lesquelles s'exerce le pouvoir discrétionnaire du ministre et sur la question des sanctions, il conclut que le requérant devrait être traité de façon équitable et que l'équité exige qu'il ait au moins la possibilité de présenter son point de vue [103]. Parlant de l'arrêt anglais *Reg.* v. *Gaming Board* [104] il dit : « ...considérant les deux genres de situations, il me semble que les raisons pour lesquelles le droit exige le respect des principes de justice naturelle sont au moins aussi fortes dans une affaire de citoyenneté que dans une affaire où quelqu'un cherche à obtenir un permis d'exploitation d'un établissement de jeu » [105].

---

98. [1965] R.C.S. 512 : le juge Thurlow s'y réfère dans *Blais* v. *Basford, ibid.*
99. [1911] A.C. 179, le juge Thurlow s'y réfère dans *Blais* v. *Basford, ibid.* Appliqué dans *M.R.N.* v. *Creative Shoes, loc. cit.*, note 49. On s'y réfère aussi dans *North Coast Air Services*, [1972] C.F. 390.
100. *Blais* v. *Basford, loc. cit.*, note 92, p. 163. Voir aussi *M.R.N.* v. *Creative Shoes, loc. cit.*, note 49, p. 1004 où le juge Thurlow en *obiter* rappelle que la question à savoir si on doit appliquer la directive quant à la détermination du dumping à un importateur, doit être tranchée équitablement selon les principes de justice naturelle. Dans *In re North Coast Air Services, loc. cit.*, note 99, p. 415, le juge Walsh dit que « les exigences de la justice naturelle reviennent en fait à être équitable. ».
101. [1973] C.F. 927.
102. Le juge adopte la démarche du Conseil privé dans *Durayappah* v. *Fernando*, [1967] A.C. 337. Le juge Jackett réfère à cet arrêt dans *North Coast Air Services, loc. cit.*, note 99, p. 404.
103. *Lazarov, loc. cit.*, note 101, pp. 939–940.
104. [1970] 2 W.L.R. 1009.
105. *Loc. cit.*, note 101, p. 940.

Ce devoir d'agir selon un processus judiciaire ou quasi judiciaire semble donc se rapprocher de la notion anglaise du « *duty to act fairly* » [106]. Elle oblige les juges à procéder au cas par cas sans pouvoir se raccrocher à un critère unique ou absolu. De toute façon les critères servant à l'identification de la fonction exercée sont tout aussi vagues. Ce devoir d'agir équitablement permet par ailleurs un pouvoir plus étendu d'intervention judiciaire. Dans le cas *Lazarov* par exemple, le juge souligne que la fonction du ministre d'émettre un certificat de citoyenneté est manifestement administrative. Toutefois la Cour peut l'obliger à respecter la règle *audi alteram partem* et à fournir au requérant une connaissance au moins générale des faits qui peuvent lui être préjudiciables.

Il ne faudrait pas en conclure nécessairement que la Division d'appel usera de témérité dans l'exercice de son pouvoir de surveillance. Elle sait que la Cour suprême, du moins plusieurs de ses juges, maintient une attitude plus conservatrice que les tribunaux anglais sur ce point. Le risque de voir une de ses décisions renversée en Cour suprême peut constituer un frein à l'évolution de la jurisprudence de la Cour fédérale [107].

L'arrêt Howarth *et ses conséquences*

Comme il n'existe pas de règle générale pour déterminer si une décision de nature administrative est « soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire », la Cour d'appel pourra conclure à son incompétence en vertu de l'article 28(1) pour examiner une décision administrative lorsqu'elle jugera qu'il est plus prudent de décider ainsi. Par exemple, dans l'arrêt *Howarth* v. *C.N.L.C.* [108], le juge Jackett reprit la démarche du juge Thurlow dans d'autres affaires et se demanda si la décision de la Commission de révoquer une libération conditionnelle, bien que de nature

---

106. Voir D.J. MULLAN, *op. cit.*, note 97, 293–294. « After these two decisions (*Blais* v. *Basford* et *Lazarov*) the Federal Court of Appeal or, at the very least, Thurlow J. had not only accepted that the duty to act fairly had a procedural content but had also reached the conclusion that there was an equivalence between administrative decisions bringing with them an obligation of procedural fairness and administrative decisions bringing with them an obligation to act judicially or quasi judicially » p. 249. Voir aussi Henri BRUN, « La discrétion administrative a la vie dure » (1975) 16 *C. de D.* 723, p. 723. Henri BRUN, « La mort de la discrétion administrative » (1974) 52 *R. du B. Can.* 426, pp. 442–445.
107. Voir les réticences de la Cour dans *M.R.N.* v. *Creative Shoes*, [1972] C.F. 1423 et dans *B.C. Packers* v. *C.C.R.T.*, (1974) 2 C.F. 913, pp. 922–923, le juge Addy.
108. [1973] C.F. 1018.

administrative [109], devait être prise selon un processus quasi judiciaire [110]. La Commision a d'après la loi le pouvoir de procéder aux enquêtes qu'elle juge nécessaires [111]. En temps normal, la Commision au cours de l'enquête respecterait le processus quasi judiciaire. Mais, selon le juge en Chef, il y a probablement des cas où il n'est ni possible ni prudent de procéder ainsi. La Commission doit choisir la ligne de conduite à adopter. Donc, selon lui, on ne peut pas dire que la décision de la Commission de révoquer la libération est légalement soumise à un processus quasi judiciaire, car elle n'est pas obligée de s'y astreindre [112]. Quant au juge Thurlow dans cette affaire, il souligne que s'il ne s'était pas senti lié par l'arrêt *Ex parte McCaud* [113], il aurait conclu qu'il y avait lieu d'appliquer les critères d'équité auxquels devrait se conformer une enquête dont les résultats pourraient conduire à la révocation d'une libération conditionnelle. Ceci devrait comprendre une possibilité réelle pour le détenu en libération conditionnelle d'exprimer son point de vue quant à sa prétendue inconduite, ceci étant une caractéristique du processus quasi judiciaire [114].

Cette décision rendue quelque temps après l'arrêt *Lazarov* nous prouve que la Cour fédérale d'appel peut au besoin modifier son attitude[115]. La position prise par la Cour fédérale dans cette affaiire nous a surpris par la faiblesse des arguments justifiant sa non-intervention. En premier lieu, comme l'explique le professeur Henri Brun [116], on pouvait ne pas appliquer l'arrêt *McCaud* rendu quelques années plus tôt par la Cour suprême. Ainsi, le juge Thurlow aurait dû être carrément dissident car il démontre clairement que la Commission était tenue d'être équitable. Le juge Jackett, pour sa part, situe bien le problème mais néglige une

---

109. Le juge se réfère ici à l'arrêt *Ex parte McCaud,* [1965]1 C.C.C. 168.
110. *Loc. cit.,* note 108, p. 1022.
111. Article 16(4) de la *Loi sur la libération conditionnelle des détenus,* S.R.C. 1970, c. P–2.
112. *Loc. cit.,* note 108, p. 1025.
113. *Loc. cit.,* note 109. Quant au juge Jackett on ne peut pas dire qu'il considère l'affaire *McCaud* comme un précédent qui le lie puisqu'il se pose tout de même la question à savoir si la décision doit être soumise à un quelconque processus.
114. *Loc. cit.,* note 108, 1026.
115. Voir l'attitude similaire de la Cour d'appel dans *Prata* v. *M.m.d.i.,* [1972] C.F. 1405. Cependant dans cette affaire il s'agissait de l'appel d'une décision de la C.A.I. refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'annuler une ordonnance d'expulsion, en raison du dépôt d'un certificat signé par deux ministres. *Loi sur la C.A.I.,* S.R.C. 1970, c. I–3, art. 15 et 21. Cette décision a été confirmée par la Cour suprême à (1975) 52 D.L.R. (3e éd.) 383.
116. *Op. cit.,* note 106, p. 724.

jurisprudence établie par la Cour à l'effet que « légalement » comprend aussi la *common law* qui supplée aux lacunes de la loi. La *Loi sur les libérations conditionnelles* [117] réfère aux enquêtes que la Commission estime nécessaires de faire, alors que dans le cas de *Lazarov*, la *Loi sur la Citoyenneté Canadienne* [118] stipule que « le ministre peut à sa discrétion accorder un certificat de citoyenneté ». Bien sûr il faut tenir compte de l'existence d'un processus judiciaire préalable lors de l'intervention de la Cour de citoyenneté et du fait que le Ministre doit avoir une bonne raison pour renverser une recommandation de cette Cour. Pourtant, malgré des termes donnant un pouvoir discrétionnaire étendu au ministre, on a permis à Lazarov de connaître du moins sommairement la teneur d'un rapport de police confidentiel. En appliquant la raisonnement du juge Thurlow dans cette affaire, on doit dire que si un immigrant reçu qui demande la citoyenneté canadienne a le droit qu'on lui communique la teneur générale d'un rapport de police, un détenu qui est sur le point de voir sa libération conditionnelle révoquée a autant le droit de connaître les facteurs susceptibles d'entraîner cette révocation. Bien sûr dans un cas comme dans l'autre il peut exister des impératifs de prudence, mais c'est au tribunal administratif à décider dans quelle mesure la divulgation pourra être faite à l'individu concerné.

Si l'attitude de la Cour d'appel dans l'affaire *Howarth* nous semble critiquable sous plusieurs points, la décision majoritaire de la Cour suprême [119] nous semble encore plus renversante. Le juge Pigeon donnait une large extension au recours prévu à l'article 28(1) dans l'affaire *Hernandez*, admettant que cet article de droit nouveau devait s'interpréter généreusement. Or, dans l'affaire *Howarth*, devant la notion de « processus judiciaire ou quasi judiciaire », il semble faire volte-face. Il souligne comme prémisse que l'article 28 fait exception à la règle générale de l'article 18, et que seules les décisions de nature administrative légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire sont assujetties à l'article 28 [120]. Il ne tient pas compte de la double négation formulée par le législateur. Il écarte également les décisions citées par le procureur de l'appelant traitant du devoir d'être juste qui incombe à tous les organismes administratifs, au motif que ces arrêts ont été rendus dans

117. *Loc. cit.*, note 111.
118. S.R.C. 1970. c. C–19, art. 10(1).
119. *Howarth* v. *La Commission nationale des libérations conditionnelles*, (1974) 18 C.C.C. 385. Cette attitude de la Cour suprême en matière de libérations conditionnelles a été réitérée dans *Mitchell* v. *La Reine*, 7 octobre 1975.
120. *Ibid.*, p. 387.

le contexte des recours de droit commun [121]. Cependant lorsqu'il s'agit de s'appuyer sur l'affaire *McCaud* (où l'on demandait l'émission d'un bref d'*habeas corpus*), il affirme que le paragraphe 1 de l'article 28 se rapporte clairement au droit tel qu'il existait lorsqu'on a édicté cet article [122]. Il n'hésite pas à s'appuyer sur une jurisprudence moins libérale [123], mais elle aussi établie dans le contexte d'un recours de droit commun.

L'opinion dissidente du juge Dickson se rapproche de la tendance amorcée par le juge Thurlow. Selon lui, le paragraphe 1 de l'article 28 englobe toutes les décisions judiciaires et certaines décisions de nature purement administrative, les seules exceptées étant celles qui ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire. L'obligation de se soumettre à un tel processus peut découler de la loi ou du droit commun [124]. Quant à la signification du terme judiciaire, lui aussi réfère aux arrêts *St-John* v. *Fraser* [125], *Durayappah* v. *Fernando* [126] et *Reg.* v. *Gaming Board* [127]. Quant à l'arrêt du Conseil Privé dans *Nakkuda Ali* [128], le juge Dickson estime que l'arrêt *Ridge* v. *Baldwin* [129] l'a définitivement mis de côté. Enfin, un des arguments permettant d'écarter l'affaire *McCaud* est que dans cette affaire on faisait allusion à la distinction traditionnelle qui existe entre une décision de nature judiciaire et une décision de nature administrative et non pas à la nouvelle catégorie de décisions introduites par l'article 28(1) [130].

La division traditionnelle entre la fonction judiciaire et la fonction administrative, proposée par le juge Pigeon, en s'appuyant sur l'arrêt *Calgary Power* dont l'application a été écartée par le juge Thurlow dans l'affaire *Blais* v. *Basford* [131], ne peut que gêner la Cour fédérale d'appel dans la recherche de solutions nouvelles en droit administratif canadien. Le recours nouveau dont l'a investie le Parlement en 1970 peut s'avérer

121. *Ibid.*, p. 388.
122. *Ibid.*
123. *Calgary Power* v. *Copithorne*, *loc. cit.*, note 93 qui s'appuyait sur la décision du Conseil Privé dans *Nakkuda Ali*, *loc. cit.*, note 94. On se souvient que cette jurisprudence avait été écartée par le juge Thurlow.
124. *Loc. cit.*, note 119, p. 392.
125. *Loc. cit.*, note 97.
126. *Loc. cit.*, note 102.
127. *Loc. cit.*, note 104.
128. *Loc. cit.*, note 94.
129. *Loc. cit.*, note 87.
130. *Loc. cit.*, note 119, p. 400.
131. *Loc. cit.*, note 92, pp. 161–162.

inutile si la Cour fédérale se cantonne dans une application rigide de la règle du *stare decisis.*

Il est un peu tôt pour analyser la réaction de la Cour fédérale suite à l'arrêt *Howarth.* Pour le moment il ne semble pas que tous les juges soient disposés à accepter la logique de cet arrêt. Le juge Kerr dans *Monsanto* v. *Commissaire des brevets* [132] applique l'affaire *Howarth.* Cependant il conclut que le refus d'enregistrer un brevet par le commissaire aux brevets est une décision qui peut affecter les droits légitimes de l'auteur de la renonciation, ce qui implique que le commissaire est dans l'obligation d'agir judiciairement en rendant sa décision. Il déclare donc que la Division de première instance n'est pas compétente pour entendre l'affaire [133]. On voit que contrairement au juge Pigeon lorsqu'il cite l'arrêt *Calgary Power*, le juge Kerr admet que l'obligation d'agir judiciairement peut découler du seul fait que les droits individuels sont touchés.

Dans un autre jugement [134], le juge Walsh en Division de première instance semble estimer que le calcul de la date de libération d'un prisonnier devrait être soumis à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, auquel cas la Division de première instance serait incompétente [135]. Mais le juge, après avoir distingué l'affaire *Howarth* de ce cas, accepte de connaître la demande de *mandamus* au mérite parce que la question de compétence semble être sujette à controverse et que la Division de première instance a déjà jugé des cas quelque peu semblables [136]. On constate la gêne du juge qui normalement aurait dû se déclarer incompétent. Généralement la Division de première instance est très prudente lorsqu'elle a à décider de sa compétence à la lumière du paragraphe 3 de l'article 28. Cet article lui enlève la « compétence pour connaître de toute procédure relative » à une décision lorsque la Division d'appel peut être saisie d'une demande d'examen et d'annulation [137].

---

132. [1975] C.F. 197.

133. *Ibid.*, p. 215.

134. *Auger* v. *Service Canadien des pénitenciers,* [1975] C.F. 330.

135. *Ibid.*, p. 334.

136. *Ibid.* Voir par exemple *Le Heinsworth* v. *le Solliciteur général du Canada,* [1973] C.F. 1200 et *Hinks* v. *C.N.L.C.,* [1972] C.F. 925.

137. On peut rapprocher cet arrêt de *National Indian Brotherhood* v. *Juneau* [n° 2], *loc. cit.*, note 59, où la Division d'appel déclarait que la Division de première instance devait trancher elle-même toute question de compétence sans attendre que la Division d'appel le fasse à sa place.

Dans *In re Nicholson* [138], le demndeur suivit le conseil voilé du juge Pigeon de s'adresser à la Division de première instance [139]. Il demanda l'émission d'un bref de *certiorari* contre la décision de la Commission des libérations conditionnelles de révoquer sa surveillance obligatoire en alléguant qu'il n'avait pu se faire entendre au préalable. Ne pouvant conclure à un excès de pouvoir, le juge Mahoney rejeta la demande. Selon lui, « en examinant l'arrêt *Howarth* dans son ensemble, il semble que l'on doive déduire du rejet par la cour de la position soutenue dans l'opinion dissidente que la liberté du détenu à liberté (*sic*) conditionnelle est une faveur que la société lui accorde... et non un droit qui lui appartient en tant que membre de la société. Il s'ensuit que les garanties dont bénéficie l'individu face à la volonté collective de la société d'empiéter sur ses droits ne font pas obstacle à la privation de liberté par l'intermédiaire des mêmes rouages » [140]. Cette attitude mi-figue mi-raisin montre que tous les juges ne sont pas nécessairement d'accord avec l'attitude restrictive de la Cour suprême. Le juge Mahoney aussi semble insister sur la notion de droits individuels affectés et ne serait probablement pas disposé à appliquer l'affaire *Howarth* dans des affaires d'un autre type. En restreignant le précédent *Howarth* aux matières de libérations conditionnelles, la Cour fédérale pourrait tenter de trouver une voie nouvelle.

En résumé, depuis que la Cour d'appel fédérale a fait son apparition sur la scène canadienne, on peut espérer que les décisions administratives des organismes fédéraux qui portent atteintes à des droits individuels seront considérées comme légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. On ne doit pas interpréter « processus » dans le sens d'une procédure rigide, mais dans le sens de garanties minimales de nature à assurer que le processus décisionnel sera juste et équitable pour tous. Dans cette optique, l'article 28(1) ne devrait pas s'appliquer seulement aux tribunaux administratifs pour lesquels la loi prévoit une procédure d'apparence judiciaire. Principalement par l'entremise du juge Thurlow, la jurisprudence anglaise récente semble en voie de faire sentir son influence. Depuis les arrêts *Basford* et *Lazarov* on peut commencer à parler du devoir d'être équitable qui incombe à tout organisme administratif ayant à affecter des droits individuels. Malheureusement la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Howarth* peut mettre un frein à cette lancée

138. [1975]C.F. 478.

139. *Howarth loc. cit.*, note 119, p. 388, lorsque le juge parle des recours en vertu de l'article 18. Il est à remarquer toutefois que le requérant aurait peut-être pu utiliser le recours en déclaration de nulleté au lieu du *certiorari*. Il n'est pas sûr toutefois que l'attitude du juge aurait été différente.

140. *Loc. cit.*, note 138, p. 481.

de la Cour d'appel fédérale. Il est cependant possible de restreindre l'arrêt *Howarth* aux cas de révocations de libérations conditionnelles. Cette ouverture étant possible, il faut souhaiter que la Cour continuera vers de nouveaux horizons en droit administratif canadien.

2. *Le renvoi prévu à l'article 28(4)*

Ce paragraphe s'énonce ainsi : « un office, une commission ou un autre tribunal fédéral 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 ». Le nombre d'affaires dans lesquelles ce recours a été employé est très restreint. On comprend facilement que les tribunaux administratifs, soucieux de leur autonomie décisionnelle, préfèrent dans la plupart des cas, même s'il y a controverses, entendre et disposer des litiges. Par ailleurs, l'abus de cette procédure serait susceptible d'entraver l'expédition des affaires dans la mesure où il faudrait attendre le jugement de la Cour fédérale pour continuer les procédures devant le tribunal administratif.

Ce que l'on peut dire à propos de cette disposition, c'est qu'elle ne permet pas de donner un avis consultatif comme le prévoit l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême* [141]. C'est un renvoi pour jugement et non un renvoi pour demander à la Cour d'exprimer son opinion sur une question qui lui est soumise. Ce genre de renvoi ne peut être effectué que par une ordonnance du tribunal administratif qui soumet à la Cour fédérale toute conclusion de fait ou autre élément de preuve sur lesquels il se serait fondé s'il tranchait la question lui-même. Ce jugement en vertu de l'article 28(4) ne vise que la solution d'une question qui doit être tranchée pour régler l'affaire pendante devant le tribunal qui fait le renvoi. C'est ce qui ressort du jugement *In re la Loi sur les Relations de travail dans la Fonction publique* [142].

En fait il s'agit d'une question qui aurait été en état d'être jugée par le tribunal lui-même, s'il ne l'avait pas renvoyée à la Cour. Ainsi la Cour d'appel sera compétente en vertu de l'article 28(4) pour entendre et juger une question renvoyée par un juge arbitre en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage* [143], au sujet de la constitutionnalité de certains articles de cette loi qui étaient pertinents à la solution du litige devant le juge arbitre. C'est une question qui doit être tranchée pour établir la validité de certaines évaluations et ainsi régler l'appel dont le juge arbitre est saisi.

141. *Loc. cit.*, note 76.
142. [1973] C.F. 604, par le juge Jackett.
143. S.R.C. 1970, c. U-2.

Cependant, comme l'explique le juge Pratte, « il n'est pas nécessaire que la réponse, quelle qu'elle soit, que cette Cour donne à la question dispose du litige dont est saisi le tribunal auteur du renvoi ; il suffit que la question soit telle qu'une des réponses possibles puisse disposer de l'affaire » [144] soumise à renvoi.

Par ailleurs, la requête de la Commission de la fonction publique, demandant à la Cour de statuer sur l'effet de l'article 107 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* [145] quant à l'immunité concernant la production de certains documents, fut jugée irrecevable sous l'article 28(4). La Cour jugea que cette question consistait à demander un avis à la Cour, sur l'application de l'article 107 à tout genre de documents obtenus et préparés par le Bureau de recherches sur les traitements. Il aurait fallu que la Commission demande un jugement sur l'application de l'article 107 à des documents précis [146].

Ce nouveau recours bien qu'il ne soit pas fréquemment utilisé peut s'avérer très utile pour un tribunal administratif qui ne veut pas s'exposer à ce que sa décision finale soit attaquée ou à voir ses procédures interrompues pour un long délai parce qu'on a logé un recours extraordinaire contre lui. Ce renvoi à la Cour d'appel a l'avantage d'être entendu et jugé sans délai et d'une manière sommaire [147].

Ce recours est la concrétisation d'un contrôle à priori, qui donne un rôle plus actif à la Cour sur l'administration publique fédérale. Ce nouveau rôle permet d'assister l'administration publique. De plus, il peut se substituer avantageusement à d'autres recours et permettre ainsi de gagner du temps [148]. Il faut espérer que les tribunaux administratifs n'hésiteront pas à s'en servir dans les cas de controverses graves.

---

144. *Martin Service Station* v. *M.R.N.*, [1974] 1 C.F. 398, pp. 405–406.
145. S.R.C. 1970, c. P–35.
146. *In re la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, loc. cit.*, note 142, p. 615. Il est à noter que le juge Jackett donne tout de même son avis sur l'immunité à laquelle les membres du Bureau de recherches ont droit en vertu de la Loi.
147. Article 28(5) de la *Loi sur la Cour fédérale.*
148. Soulignons la suggestion du juge Thurlow dans *B.C. Packers* v. *C.C.R.T.*, *loc. cit.*, note 62, p. 1198, qui conseillait au Conseil de faire trancher la question constitutionnelle en la renvoyant devant la Cour en conformité de l'article 28(4). Malheureusement le Conseil n'a pas suivi cette suggestion et quelques mois après la décision de la Cour d'appel concluant à son incompétence en vertu de l'article 28(1), la Division de première instance devait émettre un bref de prohibition contre celui-ci dans *B.C. Packers*, v. *C.C.R.T.*, *loc. cit.*, note 107, p. 920.

3. *Le cas de l'appel*

Selon l'article 30(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, « la Cour d'appel a compétence exclusive pour entendre et juger tous les appels qui peuvent, en vertu de quelque loi du Parlement du Canada, sauf la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès* et la *Loi sur la citoyenneté canadienne* être interjetés devant la Cour fédérale ». La division d'appel a donc une compétence générale en matière d'appel.

Une des premières questions à résoudre est de savoir quels sont les types de décisions appelables devant la Cour d'appel. Un exemple pourra nous éclairer à ce sujet. L'article 64(2) de la *Loi nationale sur les transports* [149] donne une compétence d'appel à la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence contre les « décisions » de la C.C.T. La décision du comité des télécommunications de la Commission, de ne pas tenir d'audition préliminaire spéciale afin de trancher une question de droit, relève de la procédure et constitue d'après la Cour une des décisions incidentes relatives à l'un des domaines principaux pour lesquels il fut créé [150]. « Il ne s'agit pas d'une « décision », au sens de l'article 64(2), dont il peut être interjeté appel » [151] devant la Cour d'appel. Si on se réfère à ce que nous avons dégagé quant au sens du mot « décision » à l'article 28(1), on se rend compte qu'il existe une analogie certaine entre les deux interprétations. Les « décisions » susceptibles d'appel semblent être les mêmes que celles susceptibles d'examen sous l'article 28(1).

a) L'appel sur question de droit et de compétence

Pour la plupart des grands tribunaux administratifs fédéraux il est prévu dans leurs lois constitutives [152] un appel devant la Cour d'appel

149. S.R.C. 1970, c. N–17, tel que modifié par S.R.C. 1970 (2e supp.), c. 10.

150. *Société de Droit et d'intérêt public* v. *C.C.T.*, [1974] 1 C.F. 322, p. 323, le juge Addy.

151. *Ibid.* Dans le même jugement le juge Decary dit que la demande d'autorisation d'interjeter appel est prématurée tant que la Commission n'a pas rendu sa décision sur les taux et tarifs soumis par Bell Canada. Voir au même effet, *Mills* v. *M.m.d.i.* [1974] 2 C.F. 654, le juge Jackett; *La succession Lafleur* v. *La Reine*, [1973] C.F. 1078, relativement à un appel d'une cotisation d'impôt devant la Division de première instance en vertu de l'article 24 de la *Loi Sur la Cour fédérale*. Selon le juge Walsh, rien dans la *Loi sur l'Impôt sur le Revenu* (S.C. 1972, c. 63) n'autorise un appel sur ce qui se réduit à une question préliminaire ou interlocutoire.

152. *Loi sur la Commission d'appel de l'Immigration, loc. cit.*, note 115, article 23(1); *Loi sur la Radiodiffusion*, S.R.C. 1970, c. B–11, article 26(1);

sur une question de droit ou sur une question de compétence. Lorsque l'appel porte sur une question de droit [153], la Cour n'a pas compétence pour accorder un redressement quelconque sauf s'il est établi que l'organisme aurait rendu un jugement autre que celui qu'il a rendu sur la base des éléments de preuve qui lui avaient été soumis [154].

Ceci implique que la Cour ne peut tenir compte de documents ou de faits qui n'avaient pas été soumis à l'organisme au moment du prononcé du jugement qui fait l'objet de l'appel [155]. Ceci ne veut pas dire, cependant, que la Cour est tenue de se restreindre à la question exposée au jugement accordant l'autorisation d'appeler de la décision de l'organisme. Dans ce cas bien entendu il faudra donner à l'intimé l'occasion de se préparer à débattre des questions autres que celles exposées dans le jugement accordant l'autorisation [156]. De plus l'appel sur une question de droit ne donne pas le droit à la Cour d'intervenir sur une constatation de fait de l'organisme, « sauf si cette constatation est si peu raisonnable qu'elle équivaut à une erreur de droit, ou si le tribunal a commis une quelconque erreur d'appréciation, s'est fondé sur des preuves insuffisantes, ou est

---

Loi sur l'Office national de l'Énergie, S.R.C. 1970, c. N-6, art. 18(1) ; *Loi Nationale sur les transports*, *loc. cit.*, note 149, art. 64(2). *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, c. E-13, art. 60.

153. Dans *In re la Loi sur les Relations de travail dans la fonction publique*, *loc. cit.*, note 142, p. 616, le juge Jackett, dans une note, établit la distinction qui existe entre question de droit et question de fait. « Toute question de fait est « jugée » en statuant d'après la preuve, sur les faits qui sont en litige, une question de droit est « jugée » en déterminant les conséquences juridiques découlant des faits tels qu'établis ou admis quand il y un litige à ce sujet ». En pratique la différence entre une question de droit et une question de fait peut s'avérer difficile à établir. Voir René DUSSAULT, *op. cit.*, note 51, pp. 1335-1336 et 1061-1064 et le *Rapport du groupe de travail sur les tribunaux administratifs au Québec*, Éditeur officiel du Québec, 1971, pp. 225-229.

154. *Koo Shew Wan* v. *M.m.d.i.*, [1973] C.F. 578, p. 579, le juge Jackett. Voir aussi *Martin* v. *M.m.d.i.*, [1972] C.F. 844, pp. 853-854, le juge Pratte.

155. *Koo Shew Wan*, *ibid.* *Pennacchio* v. *M.m.d.i.*, (1974) 2 C.F. 207, pp. 208-209, le juge Thurlow. Voir l'arrêt de la Cour suprême dans *C.C.T.* v. *Worldways Airlines* 22 avril 1975, renversant un jugement de la Cour d'appel fédérale, [1974] 2 C.F. 597. Le juge de Grandpré à la p. 11 dit : « That there was evidence to support the opinion of the Commission is apparent from the Orders themselves, as well as from the circumstances summarized above... In my view, statements by counsel in their arguments before a Court, even when they act on behalf of an administrative tribunal, cannot be given the effects of modifying the Orders under consideration by the Court ».

156. *Koo Shew Wan*, *ibid.*, p. 585. Le juge s'appuie sur *Leiba* v. *M.m.d.i.* [1972] R.C.S. 660, p. 669.

parvenu à une conclusion qu'aucun tribunal raisonnable n'aurait pu à bon droit formuler » [157]. Il s'ensuit naturellement que la Cour ne peut remplacer par sa propre conclusion celle de l'organisme, lorsque celui-ci avait devant lui des éléments de preuve d'après lesquels il pouvait raisonnablement conclure comme il l'a fait [158].

On constate que la difficulté inhérente à ce recours est qu'il oblige souvent les juges à déterminer s'ils sont en présence d'une question de droit ou d'une question de fait. Ce qui est difficile à déterminer c'est la frontière qui existe entre ces deux notions. Si le législateur restreint l'appel à une question de droit ou de compétence [159] c'est qu'il ne veut pas laisser aux tribunaux judiciaires le contrôle de l'appréciation des faits et de l'opportunité des décisions administratives. Cette restriction statutaire devrait déterminer une attitude de réserve de la part des juges. Nous verrons dans une autre étude jusqu'où est allée la Cour fédérale dans le contrôle des fins et motifs des décisions administratives. Pour le moment, il ne nous semble pas que la Cour d'appel ait exercé par ce recours un contrôle sur l'opportunité des décisions [160]. En règle générale, le juge d'appel hésitera à exercer son contrôle sur le fond des décisions surtout si l'appel n'est autorisé que sur les questions de droit [161].

b) L'appel et le recours en révision sous l'article 28(1)

Ce recours en appel des décisions des tribunaux administratifs fédéraux devant la Cour d'appel fédérale doit être perçu en corrélation avec le recours en annulation prévu à l'article 28(1) de la loi. En effet, l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que « nonobstant les articles 18 et 28, lorsqu'une loi du Parlement du Canada prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour... d'une décision ou ordonnance d'un office, d'une commission ou d'un autre tribunal fédéral, rendue à

157. *Consumers' Gas* v. *Sous M.R.N.*, [1972] C.F. 1057, p. 1066, juge Thurlow.
158. *Martin* v. *M.m.d.i., loc. cit.*, note 154, pp. 852 et 856.
159. Ce qui revient au même qu'une question de droit puisque « la compétence d'un organisme administratif ne peut être déterminée que par l'interprétation des dispositions légiislatives qui le régissent ». René DUSSAULT, *op. cit.*, note 151, p. 1062, note 288.
160. Voir l'*Ass. des consommateurs* v. *Hydro-Ontario* [N° 1], [1974] 1 C.F. 454, le juge Jackett ; Sous *M.R.N.* v. *Film technique*, [1973] C.F. 75, pp. 86-88, le juge Jackett.
161. *Ass des consommateurs* v. *Hydro-Ontario, ibid.* ; lire aussi l'arrêt *In re North Coast Air Services, loc. cit.*, note 99. Le juge Jackett suggère même l'abolition des appels sur question de droit et de compétence pour ne laisser subsister que le recours à l'article 28(1) ; W. R. JACKETT, « La Cour d'appel fédérale », (1973) 33 *R. du B.* 94, 105.

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... d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf dans la mesure et de la manière prévues dans cette loi » [162]. En vertu de cet article s'il existe un droit d'appel absolu contre une décision administrative il n'est pas possible d'obtenir un redressement en vertu de l'article 28(1) [163]. D'autre part lorsque l'appel se limite à une question de droit ou de compétence devant la Cour d'appel, il existe alors une possibilité de joindre cet appel au recours en annulation prévu à l'article 28(1). En effet, en lisant l'article 28 en corrélation avec l'article 29 de la loi il faut conclure que l'intention du législateur était la suivante : « ces articles n'ont pour but de réduire en aucune façon le droit d'appel existant antérieurement et... le droit d'examen prévu par l'article 28 est un droit minimum dont dispose toute partie directement affectée par une ordonnance ou décision » [164]. Tel est selon le juge Jackett le résultat obtenu en limitant le droit d'examen de l'article 28 seulement « dans la mesure où il peut être... appelé d'une ordonnance ou d'une décision » [165]. La Cour d'appel sera favorable à la jonction de ces recours « pour que lorsque la Cour examine en fait le problème, elle puisse étudier les questions de fond impliquées sans avoir à se préoccuper des limitations techniques relevant de sa compétence » [166].

La règle 1314 des règles de la Cour fédérale [167] a été adoptée à cette fin. Elle permet à un appelant de demander au juge en chef une ordonnance ordonnant que les deux procédures soient réunies avec des directives appropriées. Cette possibilité de jonction des procédures est due à l'initia-

---

162. L'article 29 prévoit la même restriction lorsqu'on peut appeler directement devant la Cour suprême, le gouverneur en Conseil ou le Conseil du trésor. Cependant nous n'avons pas relevé de cas où on aurait soulevé l'incompétence de la Cour fédérale en vertu de l'art. 18 ou de l'art. 28(1), à cause du chevauchement d'un de ces appels.

163. W. R. JACKETT, *Manuel de Pratique de la Cour fédérale*, Ottawa, 1971, p. 24. Voir par exemple la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, c. P–4, art. 65.

164. *Aly Abdel Hafez* v. *M.m.d.i.*, [1971] C.F. 540, pp. 540–541, le juge Jackett. Lorsqu'on lit les débats devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *op. cit.*, note 51, à 26:14–15, on doit lui donner raison lorsqu'il parle ainsi de l'intention du législateur.

165. *Aly Abdel Hafez, ibid.*, p. 541.

166. *Ibid.* Voir à ce sujet, W. R. JACKETT, *op. cit.*, note 163, pp. 23–25.

167. SOR/DORS/71–68, *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 105, nº 5, tel que modifié par DORS/74–122. L'alinéa 1 de cette règle stipule qu' « en tout temps après que l'appel d'une décision ou d'une ordonnance est commencé... et qu'une demande a été faite en vertu de l'article 28 de la Loi de réviser

tive de la Cour fédérale. Elle a pour mérite d'obliger les appelants qui s'en prévalent à procéder sans délai, pour ne pas contrecarrer l'article 28(5) qui exige que les demandes présentées en vertu de l'article 28 soient entendues et jugées sans délai. Cette jonction permet d'ajouter au pourvoi en révision les avantages du pourvoi en appel. Car la compétence d'annulation de la Cour d'appel ne lui donne pas le pouvoir de substituer sa propre décision à celle de l'organisme en cause. L'article 52(d) de la *Loi sur la Cour fédérale* lui donne tout au plus le pouvoir d'infirmer la décision et renvoyer la question à l'office pour jugement conformément aux directives qu'elle estime appropriées [168]. Cependant, sa compétence en matière d'appel lui permet de rendre la décision qui aurait dû être rendue [169].

c) L'ouverture du droit d'appel

Avant de terminer notre analyse de ce moyen de pourvoi nous voudrions souligner que la Cour d'appel manifeste une certaine flexibilité procédurales dans l'ouverture de ce recours. La plupart des appels logés contre les décisions des tribunaux administratifs doivent au préalable recevoir l'autorisation d'appel [170]. Cette demande de permission d'appeler reçoit généralement une attention sérieuse de la part des juges. Nous pensons ici à l'arrêt *Ottawa Cablevision* v. *Bell Canada* [171] où le juge Jackett rejeta la demande d'autorisation d'appeler parce qu'il était forcé d'en arriver aux mêmes conclusions que la Commission des transports. Il en profita cependant pour expliquer ses motifs, n'étant pas d'accord

---

et d'annuler cette même décision ou ordonnance, le juge en chef pourra, s'il est convaincu que cela pourrait faciliter le règlement des procédures, ordonner que les deux procédures soient réunies et par la suite considérées comme une seule procédure ».

168. Ces directives représentent le point de vue de la Cour d'appel. Elles constituent un instrument qui permet, jusqu'à un certain point à la Cour d'intervenir dans le processus décisionnel, comme elle se trouve à le faire lorsqu'un organisme lui renvoie une question en vertu de l'article 28(4). Voir *Thomas* v. *P.G.C.*, [1972] C.F. 208, p. 222.

169. Article 52(c) de la *Loi sur la Cour fédérale ;* voir Sous *M.R.N.* v. *Film Technique, loc. cit.*, note 160. Pour une étude plus approfondie sur les différences qui existent entre le pourvoi en appel et le pourvoi en révision voir le *Rapport du groupe de travail sur les tribunaux administratifs au Québec, op. cit.*, note 153, pp. 259–260.

170. L'autorisation est demandée à la Cour d'appel. À cette fin la Cour fédérale a rédigé la règle 1301 des *Règles de la Cour fédérale, loc. cit.*, note 167 et la règle 1107, DORS/73–244 modifiant SOR/DORS/71–68.

171. [1974] 1 C.F. 373.

avec le raisonnement qu'avait suivi la Commission pour conclure à son incompétence.

Cette demande doit aussi être faite dans un délai fixé par la loi qui stipule qu'une telle autorisation doit être obtenue. Ce délai peut habituellement être prolongé par un juge de la Cour [172] ou par la Cour d'appel [173] lorsque des motifs spéciaux le justifient. Lorsqu'une telle demande leur est faite les juges ont tendance à se montrer réceptifs, répugnant à faire perdre un recours pour un défaut de formalité. Ainsi la négligence d'un avocat ou de son personnel peut même constituer un motif spécial de prolongation lorsque le juge considère que le requérant avait des raisons sérieuses de vouloir interjeter appel. [174].

Avec ce recours en appel nous avons un éventail complet des moyens de contrôle judiciaire de l'administration fédérale devant la Cour d'appel. On peut dire que la Cour se montre assez ouverte face à ce recours. Que l'on pense à l'aspect procédural ou à cette initiative qu'a prise la Cour de permettre la jonction de ce recours avec celui en révision, et l'on se rendra compte qu'elle demeure attentive à toute demande sérieuse. Elle jouit en vertu de cette compétence d'appel d'un pouvoir assez étendu. Cependant, comme plusieurs de ceux-ci sont limités à des questions de droit ou de compétence elle l'exerce avec prudence. Elle se montre plutôt réticente à intervenir au niveau des questions d'opportunité.

Nous avons établi que la Cour d'appel fédérale jouit d'un pouvoir de contrôle large et diversifié. L'étendue de ce pouvoir a une incidence directe sur la compétence de la Division de première instance au sujet des recours extraordinaires. Nous allons maintenant voir ce que sont devenus ces moyens traditionnels de contrôle judiciaire, en abordant la recevabilité des recours en Division de première instance.

B – La compétence de la Division de première instance

Les moyens de pourvoi par lesquels s'exerce le contrôle judiciaire de l'administration fédérale en Division de première instance de la Cour

---

172. Comme le prévoit l'article 23(1) de la Loi C.A.1, *loc. cit.*, note 115. et la règle 1107 (c) *loc. cit.*, note 170.
173. Règle 1107 (c), *ibid.*
174. *M.m.d.i.* v. *Marie Esther-Cloutier,* [1972] C.F. 1150, demande présentée au juge Walsh.

fédérale sont regroupés et énumérés à l'article 18 de la loi [175]. Il s'agit en fait des recours extraordinaires traditionnels utilisés par les cours supérieures pour exercer le contrôle judiciaire de l'administration. Cet article doit se lire en le rapprochant de l'article 28(1) qui lui est exclusif, en conséquence du paragraphe 3 du même article. Comme le législateur a voulu, par le recours spécial en révision, conférer des pouvoirs très larges à la Division d'appel, la priorité qui jouerait normalement en faveur de la compétence générale de la Division de première instance se trouve en pratique renversée. Cette compétence de la Cour d'appel est tellement large, qu'au tout début de l'activité de la Cour en 1971, le juge Walsh refusa de se prononcer sur sa propre compétence en raison d'une autre procédure pendante prise en vertu de l'article 28(1) devant la Cour d'appel [176]. Heureusement la Cour d'appel établit quelque temps après une jurisprudence moins timide à l'effet qu'un juge de la Division de première instance n'a pas à se sentir gêné pour se prononcer sur la compétence de la Cour d'appel lorsque ceci est nécessaire pour établir sa propre compétence [177].

La Division de première instance a aussi une compétence par voie d'appel pour entendre et juger les appels en matière de citoyenneté [178], d'impôt sur le revenu et d'impôt sur les biens transmis par décès [179]. Les règles de pratique ont aussi transféré, en vertu de l'article 30(2), la compé-

---

175. L'article 18 s'énonce ainsi : « 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.
    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 ».
    Il faut noter que l'art. 18 ne contient pas l'*habeas corpus* dans son énumération. L'art. 17(5) prévoit toutefois, une compétence exclusive en première instance pour entendre et juger une demande d'*habeas corpus*, à l'égard des membres des Forces canadiennes en service à l'étranger.
176. *National Indian Br.* v. *Juneau* [N° 1], [1971] C.F. 66, pp. 70–71.
177. *National Indian Br.* v. *Juneau* [N° 2], *loc. cit.*, note 59, pp. 79–80. Postérieurement dans *Wardair Canada* v. *C.C.T.*, [1973] C.F. 597, p. 602, le juge Walsh accepte de connaître d'une demande de bref de prohibition, malgré une demande d'examen et d'annulation pendante devant la Cour d'appel.
178. Article 21 de la *Loi sur la Cour fédérale.*
179. Article 24 de la *Loi sur la Cour fédérale.*

tence pour entendre les appels en matière de marque de commerce [180] ou dans le cas des appels interjetés en vertu de l'article 458(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [181] ou en vertu de l'article 5(2) de la *Loi sur les inventions des fonctionnaires* [182].

Le juge Pigeon affirmait dans l'affaire *Howarth* que la *Loi sur la Cour fédérale* n'affectait pas les recours de *common law* sous réserve de la restriction de l'article 28(1) [183]. À la lumière de la jurisprudence de la Cour fédérale nous allons voir l'utilisation qui a été faite des recours traditionnels. Nous allons vérifier si ces recours demeurent dans toute leur ampleur en première instance comme moyen de contrôle judiciaire.

183. *Loc. cit.*, note 119, p. 387.

1. *Impact du regroupement des recours traditionnels sous 18 — Généralités*

L'emploi des brefs de prérogative et autres recours se révèle souvent empreint de technicalités. Il pourrait s'avérer que leur regroupement empêche un demandeur ayant mal formulé sa demande de redressement de se voir débouté. Dans l'arrêt *Landreville* v. *La Reine* [184] le juge Pratte déclarait qu'à première vue deux alinéas d'une demande de redressement semblaient englober le même recours, à savoir la délivrance d'un bref de *certiorari*. Toutefois, comme le remarquait le juge, il semble peu probable que le demandeur veuille réclamer deux fois la même voie de droit. Alors, il ne faudrait pas interpréter l'alinéa b de sa demande de redressement de façon trop littérale. Il supposa donc que par cet alinéa le demandeur cherchait à obtenir une déclaration portant que le commissaire chargé d'enquêter sur sa conduite avait mené son enquête illégalement et que son rapport était nul [185]. Ce raisonnement permit de contourner l'obstacle traditionnel que l'on rencontre lors de la demande d'un bref de *certiorari* à l'encontre d'un rapport d'une commission d'enquête et permit de pallier le défaut de forme de la demande de redressement.

Dans l'affaire *In re McDonald* [186] on retrouve une situation inverse. Une demande visait initialement à obtenir un jugement déclaratoire. Elle avait été présentée sous forme de requête en vertu des règles de pratique

180. Règle de pratique 704(9), *loc. cit.*, note 167.
181. S.R.C. 1970, c. S-9. Règle de pratique 1015, *ibid.*, modifiée par DORS/73-128, règle 1016.
182. S.R.C. 1970, c. P-31. Règle de pratique 706, DORS/73-14.
184. *Loc. cit.*, note 49.
185. *Ibid.*, p. 1226.
186. [1975] C.F. 543.

319 et suivantes de la Cour fédérale [187]. Cependant cette demande doit être présentée sous forme d'action en vertu de la Règle 400 [188]. Sur accord des parties la Cour permit de modifier l'avis introductif d'instance de façon à obtenir une ordonnance de *certiorari* pour examiner les lois applicables aux peines que le requérant purgeait et l'interprétation qu'elles devaient recevoir [189]. Il est intéressant de noter que le juge Mahoney rejette ici la demande de jugement déclaratoire sur exception. Il accepte qu'on la modifie en demande de *certiorari* avec des conclusions semblables à celles d'un jugement déclaratoire, plutôt que de refuser tout redressement.

Dans *Creative Shoes* v. *M.R.N.* [190] la demande de redressement se divisait en deux articles. À l'article A on réclamait un bref de *certiorari* et de prohibition et à l'article B on espérait obtenir un jugement déclaratoire et une injonction. Le juge Walsh déclara que : « Bien que les procédures intentées de cette façon soient donc d'une nature quelque peu hybride et que la Division de première instance ne puisse accorder qu'une partie du redressement recherché, cela ne justifierait pas leur rejet... » [191]. Il considéra la procédure comme une demande visant à obtenir un bref de *certiorari* et de prohibition.

Le regroupement des recours à l'article 18 semble avoir incité les demandeurs à regrouper plusieurs moyens de pourvoi dans leur demande lorsqu'ils s'adressent à la Division de première instance. La réaction de la Cour dépendra de sa capacité pour entendre et juger la demande. Si la Cour est compétente en vertu de l'article 18 elle se montrera très peu formaliste sur la présentation. Elle choisira le recours qui lui permet de solutionner au fond le problème soulevé. Par ailleurs si le redressement que l'on cherche à obtenir n'est pas de sa compétence la Cour n'hésitera pas à dénoncer une jonction de recours qui aurait eu pour effet de contourner l'application de l'article 28 [192]. La Cour semble consciente du fait qu'il « survient certaines difficultés lorsqu'on essaie de déterminer la compétence conférée en vertu de l'article 18 qui n'est pas supprimée par l'article 28, particulièrement dans le domaine du *certiorari* » [193]. Lorsqu'une

187. *Loc. cit.*, note 167.
188. *Ibid.*, *Sherman* v. *Commisionner of Patents*, (1974) 14 C.P.R. 177, p. 180.
189. *In re MacDonald*, *loc. cit.*, note 186, p. 544.
190. [1972] C.F. 115.
191. *Ibid.*, p. 120.
192. *Kraynick* v. *Commission d'assurance chômage*, [1974] C.F. T-273-74 ; *Association des consommateurs* v. *Evans*, [1974] C.F. T-10-74. Cette jonction de recours extraordinaires est très fréquente en Cour fédérale.
193. *Kraynick*, *ibid.*, pp. 7-8.

procédure n'est pas introduite devant la bonne division de la Cour celle-ci doit être rejetée pour défaut de compétence. La Cour semble considérer que ce choix du palier compétent est déjà suffisamment compliqué pour ne pas y ajouter en rejetant une demande pour défaut de forme ou de procédure, lorsqu'elle est compétente pour juger au fond. Dans *Lingley* v. *Hickman* [194] le juge Heald refusait de rejeter une demande de jugement déclaratoire au motif que l'action était entachée d'irrégularités et de vices. Le juge constata que le demandeur, un profane, avait présenté sa demande lui-même et que la Cour se devait plutôt de lui donner des conseils sur les modifications à apporter à sa déclaration, puisque celle-ci avait soulevé des problèmes de fond. La Division de première instance est soucieuse d'utiliser pleinement sa compétence générale en matière de surveillance et de contrôle de l'Administration que l'article 28 n'a pas accaparée. À cette fin elle ne considère pas l'énumération des recours prévus à l'article 18 comme autant de compartiments étanches, mais plutôt de manière globale.

Elle est de plus consciente qu'elle est l'héritière des cours supérieures de *common law*. Ainsi le juge Cattanach rejette rapidement l'objection à l'effet que le procureur général n'a pas le pouvoir de présenter une demande de *certiorari* parce que l'article 18 ne le prévoit pas expressément, alors qu'une telle disposition existe à l'article 18(2) pour les procédures contre lui et que l'article 28(2) lui donne le pouvoir spécial de présenter une demande sous 28(1). Le juge fait remarquer qu'en *common law* le procureur général peut instituer des procédures par voie de bref de prérogative. Donc, il n'était pas nécessaire d'attribuer expressément ce pouvoir à l'article 18 contrairement au cas de l'article 28 où la compétence de la Cour d'appel est exclusivement statutaire [195].

On retrouve le même souci lorsque la compétence de la Division de première instance est menacée par un droit d'appel. On sait qu'en *common*

194. *Loc. cit.*, note 4, p. 181 ss. ; *Rossi* v. *La Reine*, (1974) 1 C.F. 531, p. 535 et *Auger* v. *Le Service canadien des pénitenciers*, *op. cit.*, note 134, p. 332. Dans ces deux affaires on demandait l'émission d'un bref de *mandamus* contre la Couronne, alors que celle-ci n'est pas soumise à ce bref. Le juge Walsh dans les deux cas refusa de rejeter la requête pour des motifs relevant purement de la procédure sans en examiner le fond. À ce sujet il est intéressant de lire la règle de pratique 302, *op. cit.*, note 167, qui s'applique aux deux paliers et qui traite du défaut d'observance des règles. Elle stipule « a) aucune procédure devant la Cour ne sera annulée pour simple objection de forme... »

195. *In re le tribunal anti-dumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078, p. 1123. Confirmé à [1973] C.F. 745, pp. 758–760. Décision infirmée par la Cour suprême, mais non sur ce point dans *P.P.G. Industries Canada* v. *P.G.C.*, 27 nov. 1975, p. 3.

law l'appel n'a pas pour effet d'empêcher l'utilisation des brefs de prérogative [196]. Dans l'affaire *Creative Shoes* [197], le juge Walsh décidait que les requérantes avaient le droit de demander un bref de *certiorari* ou de prohibition, en dépit du fait que certaines procédures d'appel étaient prévues dans la *Loi sur les douanes* [198] et la *Loi anti-dumping* [199]. Ces lois ne retiraient pas expressément le droit de demander l'émission de brefs de prérogative. Cependant le juge apportait une réserve. La *Loi anti-dumping* [200] et la *Loi sur les douanes* [201] contiennent le droit d'en appeler d'une décision de la Commission du tarif devant la Cour fédérale sur une question de droit. À cause de l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale* s'il y avait eu une décision de la Commission sur une question de droit, la Division de première instance n'aurait pas eu le droit de recevoir la demande de *certiorari* ou de prohibition [202].

Voici donc la deuxième exception à la compétence générale de la Division de première instance en ce qui concerne les offices, commissions et autres tribunaux fédéraux. Lorsqu'une loi fédérale prévoit le droit d'interjeter appel d'une décision, cette décision ne peut faire « l'objet de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention » dans la mesure où il peut en être ainsi interjeté appel. Il est à noter qu'aucune règle de pratique de la Cour fédérale ne prévoit la réunion d'un appel et d'un recours sous 18. Cela s'explique par le fait que ces recours sont présentés devant des paliers différents ayant chacun une

196. S. A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 3e éd., Stevens and Sons, Londres, 1974, pp. 374–375 et 503–504, pour les brefs de *certiorari*, prohibition et *mandamus*.

197. *Loc. cit.*, note 190, p. 138.

198. *Loc. cit.*, note 45.

199. S.R.C. 1970, c. A–15.

200. *Ibid.*, article 20(1).

201. *Loc. cit.*, note 45, article 48(1).

202. *Creative Shoes, loc. cit.*, note 190, p. 137. Il en serait ainsi sans doute parce que l'appel sur une question de droit serait susceptible de recouvrir les cas d'ouverture aux brefs de prohibition et de *certiorari*. Mais voir cependant l'arrêt *La Société de droit et d'intérêt public* v. *C.C.T.* [1974] 1 C.F. 276, p. 280 et 290. Le juge Kerr entend une demande de prohibition contre la C.C.T., malgré l'objection à l'effet que la *Loi nationale sur les transports*, *loc. cit.*, note 149, prévoit que les décisions de la Commission seront portées en appel devant la Cour fédérale. Étant donné qu'il rejette la requête en prohibition il ne se prononce pas sur la compétence de la Division de première instance, mais il ajoute cependant qu'il ne considère pas cette demande comme un appel interjeté d'une décision de la Commission, mais plutôt comme une demande visant à obtenir un bref de prohibition fondée sur le défaut de compétence.

compétence exclusive. Il peut donc se produire des cas où il faudra présenter une demande de recours extraordinaire en première instance, et, dans la mesure où il peut être interjeté appel, un appel en Cour d'appel. On peut imaginer le cas où il faudrait prendre une injonction pour empêcher un tribunal administratif d'exécuter sa décision. Car, il faut souligner qu'aucune règle de la Cour ne prévoit que l'appel interrompt l'exécution d'une décision pas plus d'ailleurs qu'une demande en vertu de l'article 28(1).

On serait tenté de trouver à l'article 26 de la *Loi sur la Cour fédérale* une solution à ce problème d'écartèlement des procédures. Le paragraphe 1 stipule que « la Division de première instance a compétence en première instance sur toute question pour laquelle une loi du Parlement du Canada a donné compétence à la Cour fédérale » sans spécifier expressément quel palier sera compétent. Le paragraphe 2 permet, nonobstant le paragraphe 1, le transfert de la compétence de la Division de première instance à la Cour d'appel pour les questions auxquelles s'applique le paragraphe 1. Ce transfert peut s'opérer au moyen de règles adéquates. Cependant la *Loi sur la Cour fédérale* a donné à la Cour le pouvoir d'accorder des recours extraordinaires en *spécifiant* clairement la compétence exclusive de la Division de première instance. L'article 26(2) ne s'applique pas puisque le pouvoir de contrôle prévu à l'article 18 n'entre pas dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 26. Il ne serait donc pas possible pour la Cour de diminuer ou d'éliminer graduellement la compétence de la Division de première instance en vertu de l'article 18, au moyen de règles habiles [203].

Il nous reste à évaluer empiriquement la situation de certains recours extraordinaires dont la portée a été précisée par des jugements de la Cour.

2. *Recours de* common law *et d'équité*

Traditionnellement lorsqu'on s'adresse à une cour supérieure de *common law* pour demander qu'elle exerce ses pouvoirs de contrôle de la légalité d'un acte administratif la cour s'interroge sur la nature des pouvoirs exercés par l'organisme pour juger de la recevabilité d'un recours. Or les recours extraordinaires ont été transférés à la Cour fédérale dans toute leur étendue [204]. Nous avons établi que la Cour d'appel essayait grâce au recours sous 28(1) de diminuer la portée de la qualification de la fonction quant au contrôle judiciaire. Au contraire, lorsqu'il s'agit de l'un

203. Voir W. R. JACKETT, *op. cit.*, note 163, p. 21. Robert REID, *op. cit.*, note 51, p. 450.

204. Nicole VALLIÈRES et Denis LEMIEUX, *op. cit.*, note 2, p. 295 ss.

des recours prévus à l'article 18, la Cour fédérale manifeste une attitude plutôt stricte, comparable à celle des tribunaux supérieurs provinciaux. Ainsi, le jugement *Creative Shoes* v. *M.R.N.* [205] a été infirmé par la Cour d'appel fédérale [206] au motif que lorsque le ministre du Revenu émet des directives quant à la détermination du *dumping*, il exerce une fonction de nature règlementaire et donc que les brefs de prohibition et *certiorari* ne sont pas recevables. En première instance le juge Walsh s'était demandé si la décision du ministre était d'une nature autre qu'une décision purement administrative qui n'est pas soumise à un processus judiciaire. Il en était arrivé à la conclusion que le ministre devait, avant d'émettre des directives, se conformer aux règles de justice naturelle.

Certiorari

Quant au bref de *certiorari* on peut même se demander s'il existe encore en Division de première instance. Selon le juge Thurlow, dans *Armstrong* v. *État du Wisconsin* [207], depuis le 1er juin 1971 la compétence exclusive à l'égard des requêtes de *certiorari* contre tout officè fédéral a été dévolue par l'article 18 à la Division de première instance. « Toutefois, en ce qui concerne les décisions ou ordonnances rendues après le 1er juin 1971 [208], la compétence en matière de *certiorari* est retirée à la Division de première instance par l'article 28(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* et accordée par l'article 28(1) à la Cour d'appel... » [209]. Le même juge confirme la conclusion du juge Walsh dans *Creative Shoes* v. *M.R.N.* [210] à l'effet qu' « en ce qui concerne les décisions ou les ordonnances que les offices, commissions ou tribunaux fédéraux... ont rendues à partir du 1er juin 1971, la Division de première instance n'a pas, aux termes de l'article 28(3)..., la compétence qu'elle aurait autrement eue en vertu de

205. *Loc. cit.*, note 190.
206. *Loc. cit.*, note 49, *Lingley* v. *Hickman*, *loc. cit.*, note 4, p. 178, le juge Heald souligne qu'il est douteux que le *certiorari* ou tout autre bref de prérogative soit recevable contre le rapport d'une commission d'examen. Dans le même sens voir *Landreville* v. *La Reine*, *loc. cit.*, note 49. Dans *In re Nicholson*, *loc. cit.*, note 138, le juge Mahoney refuse d'émettre un bref de *certiorari* contre la décision de la Commission des libérations conditionnelles de révoquer la surveillance obligatoire d'un détenu parce que cette décision en est une de nature administrative relevant du pouvoir discrétionnaire de la Commission.
207. *Loc. cit.*, note 33.
208. Article 61(1) *Loi sur la Cour fédérale*.
209. *Loc. cit.*, note 33, p. 1232. Voir article 28(3), *loc. cit.*, note 53.
210. *Loc. cit.*, note 190, p. 135.

l'article 18 de la Loi pour rendre un jugement à l'égard de ces décisions ou ordonnances » [211].

La raison de cette exclusion implicite est que, comme les juges s'entendent à le dire [212], le recours sous l'article 28(1) comprend la compétence que la Division de première instance aurait en vertu du *certiorari* et même l'élargit. Le juge Mahoney disait : « I am unable to distinguish between the grounds on which the Trial Division, in the absence of s. 28, could properly entertain an application for *certiorari* and the grounds on which, since it does exist, the Court of Appeal can entertain an application under it. I therefore conclude that in this case, by virtue of s. 28(3), the Trial Division has no jurisdiction to entertain the application for *certiorari* under s. 18 » [213].

Si la Division de première instance n'est pas compétente pour émettre un bref de *certiorari* pour annuler une décision prise par un organisme administratif fédéral, il semble qu'elle ne puisse pas davantage émettre un tel bref contre une « décision » provisoire prise en cours d'instance devant un tribunal administratif. Ceci découle comme corollaire au fait que l'article 28(1) comprend le recours en *certiorari*. Ainsi des décisions prises lors du déroulement d'une enquête devant l'Office national de l'Énergie ne pourront être annulées par *certiorari*. Le juge Mahoney s'expliquait ainsi à ce sujet : « je suis d'avis que l'opinion exprimée par le juge en chef aux deux avant-derniers paragraphes de la décision récente de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Danmor Shoe*, (1974) C.F. 22, pp. 30–31 s'applique *mutatis mutandis*, autant à une demande visant à l'obtention d'un bref de *certiorari* en vertu de l'article 18... qu'à une demande faite en vertu de l'article 28. Le bref de *certiorari* n'est pas le recours approprié pour disposer d'une décision provisoire comme celle en l'espèce si applicable soit-il à la décision que l'office doit rendre... » [214]. Autrement dit le bref de *certiorari* n'est pas le recours approprié pour contourner la non application de l'article 28, lorsque la décision d'un organisme n'est pas une « décision » au sens de l'article 28(1) [215].

---

211. *M.R.N.* v. *Creative Shoes, loc. cit.*, note 49, p. 998.
212. Voir à cet effet *Thomas* v. *P.G.C., op. cit.*, note, pp. 221–222, le juge Thurlow ; *Sadique* v. *M.m.d.i.*, [1974]1 C.F. 719, pp. 724–725, le juge Cowan ; *Mahaffey* v. *Nykyforuk, loc. cit.*, note 66, p. 804, le juge Heald.
213. *Sherman* v. *Commissionner of Patents, loc. cit.*, note 188, p. 181.
214. *Union Gas* v. *Trans-Canada Pipe Lines*, [1974]2 C.F. 313, p. 324.
215. Voir *P.G.C.* v. *Cylien, loc. cit.*, note 57, p. 1178, le juge Jackett en annexe dit que dans les cas où l'article 28 ne s'applique pas on ne peut demander un bref de *certiorari*.

On peut donc dire que la compétence de principe de la Division de première instance subit une brèche importante dans la mesure où la compétence de contrôle de la Cour d'appel comprend le bref de *certiorari* et est exclusive. Il ne faudrait cependant pas oublier que l'article 28(6) proscrit l'utilisation du recours prévu à l'article 28(1) contre les décisions du gouverneur en conseil, du Conseil du Trésor, de la Commission d'appel des pensions, ou à l'encontre d'une procédure pour une infraction militaire en vertu de la *Loi sur la défense nationale* [216]. On peut donc croire que dans ces cas le pouvoir de la Division de première instance d'émettre un bref de *certiorari* demeure puisque cette Cour a une compétence générale de droit commun en matière de contrôle judiciaire sur tout ce qui n'a pas été confié explicitement à la Cour d'appel. Il ne faudrait pas non plus voir de contradiction flagrante entre la décision du juge Mahoney dans l'arrêt *Sherman* [217] et sa décision dans l'affaire *In re MacDonald* [218] où il accepte que le requérant modifie sa requête en celle de *certiorari*. En effet, dans ce dernier cas, le redressement qu'il accorde ressemble davantage à un jugement déclaratoire, à la lecture des conclusions qu'il émet, qu'à un bref de *certiorari*. On peut aussi se demander, comme l'avocat des requérants dans l'affaire *Cathcart* v. *C.F.P.* [219], si on ne pourrait pas demander un bref de *certiorari* visant uniquement à assurer la production de documents. Toutefois le juge suppléant Smith n'a pas eu besoin de trancher cette demande. Il va sans dire que dans des cas semblables le *certiorari* serait ancillaire à la demande d'un autre recours.

Prohibition

Nous avons souligné que le bref de *certiorari* n'était pas recevable à l'encontre d'une décision prise en courrs d'instance du moins tant que la décision finale n'a pas été rendue. Dans ce dernier cas il faudrait s'adresser à la Division d'appel pour demander l'examen et l'annulation

---

216. S.R.C. 1970, c. N-7. Cependant, il est douteux que les Cours martiales puissent être contrôlées par la Cour fédérale, puisqu'elles constituent traditionnellement une juridiction parallèle comportant son propre système de contrôle et un droit d'appel directement à la Cour suprême du Canada.
217. *Loc. cit.*, note 188. Il faut se rappeler que le juge Mahoney s'était considéré incompétent pour entendre une demande de bref de *certiorari*.
218. *Loc. cit.*, notte 186.
219. [1975] C.F. 407. Le requérant sollicitait un bref de prohibition et un bref de *certiorari* pour exiger la transmission à la Cour de certains documents. Voir *Auger* v. *le Service des pénitentiers, loc. cit.*, note 134, où le requérant demandait la délivrance d'un bref de *mandamus*, assorti d'un bref de *certiorari* ordonnant aux intimes de soumettre son casier judiciaire à la Cour.

de cette décision finale. Si on ne veut pas attendre pour prendre une procédure contre cette décision mieux vaut alors s'adresser à la Division de première instance pour demander un bref de prohibition. En effet, les brefs de prohibition et de *certiorari* ont plusieurs caractéristiques communes. Leur principale différence est que le bref de prohibition est habituellement employé « *at en earlier stage than* certiorari. Prohibition will not lie unless something remains to be done that a court can prohibit. *Certiorari* will not lie unless something has been done that a court can quash » [220]. Ainsi, il sera possible de demander un bref de prohibition contre le refus d'un tribunal de suspendre l'audience afin de permettre au défendeur d'étudier les mémoires présentés par la requérante d'un permis [221]. Bien que la demande soit recevable la Cour se montrera très réticente à l'accueillir, surtout si l'on tente d'utiliser ce bref pour surseoir à l'exécution d'un jugement soumis à examen et objet d'un appel devant la Cour d'appel [222], ou s'il existe une procédure administrative interne également appropriée [223].

En principe on peut dire que la Cour est très réservée lorsqu'il s'agit d'émettre un bref de prohibition. Elle préfère exercer sa discrétion pour refuser la délivrance de ce bref [224], sauf en cas de défaut apparent ou manifeste de compétence. Ce sera le cas lorsque l'organisme n'est pas légalement constitué [225], ou lorsqu'il applique des dispositions législatives ultra-vires des pouvoirs du Parlement fédéral [226]. On l'émettra également lorsqu'on constate en cours d'instance une entorse à la règle d'impartialité [227]. On voit donc le caractère de complémentarité du bref de prohibition par rapport au recours sous 28(1) dans les cas où il y a illégalité sans qu'il y ait eu encore une « décision ». On voit également que la Division de première instance ne veut pas contrecarrer la politique de la Division d'appel qui vise à ne pas gêner indûment le cours du processus décisionnel des organismes administratifs. Et si l'on est insatisfait

220. S. A. DE SMITH, *op. cit.*, note 196, p. 337 ; *Sadique* v. *M.m.d.i., loc. cit.*, note 212, p. 723.
221. *Wardair Canada* v. *C.C.T., op. cit.*, note 177.
222. *Ibid.*, p. 603.
223. *Roosevelt Douglas* v. *M.m.d.i.*, [1972] C.F. 1050. Le juge Jackett conseille au requérant d'épuiser les recours internes.
224. *P.G.C.* v. *Morrow, loc. cit.*, note 36, p. 897. Voir aussi *Société de droit et d'intérêt public* v. *C.C.T., loc. cit.*, note 202.
225. *Steve Dart* v. *Commission d'arbitrage, loc. cit.*, note 5.
226. *B.C. Packers* v. *C.C.R.T., loc. cit.*, note 107.
227. *Cathcart, op. cit.*, note 219.

de la décision finale, on devra procéder au moyen du recours prévu à l'article 28(1) et non par la voie du *certiorari* qui se trouve à toutes fins pratiques intégré dans ce recours spécial.

Jugement déclaratoire

Par ailleurs, la Division de première instance a aussi la compétence exclusive pour rendre un jugement déclaratoire (declaratory relief) contre tout organisme fédéral. Cette procédure est introduite au moyen d'une action en vertu de la règle 400 des règles de pratique de la Cour fédérale [228]. La Cour a pris soin de préciser à la règle 1723 [229] qu' « il ne peut être fait opposition à une *action* pour le motif que cette action ne vise qu'à l'obtention d'un jugement ou d'une ordonnance purement déclaratoire ; et la Cour pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement soit ou puisse être demandé ou non en conséquence ».

L'action cherchant à obtenir un jugement déclaratoire peut en fait viser deux buts différents. Dans un premier temps on peut chercher une déclaration de nullité comme c'était le cas dans l'affaire *Landreville* [230]. À cette occasion la Cour par la voix du juge Pratte a même déclaré qu'elle avait « compétence pour rendre un jugement déclaratoire qui, bien que dénué d'effet juridique, pourrait avoir quelque utilité d'un point de vue pratique. » [231] On voit donc que la Cour affirme très clairement et très fermement sa juridiction quant à ce recours. Auparavant la Cour avait affirmé que ce recours était recevable à l'encontre du rapport d'une commission d'examen parce qu'il n'obligeait pas le tribunal à distinguer entre actes administratifs et actes judiciaires pour savoir si on pouvait l'accueillir [232]. Bien qu'une action de ce genre soit recevable il se peut que la Cour soit incompétente pour l'entendre comme l'a soulevé le défendeur dans l'affaire *Lingley* v. *Hickman* [233]. Dans cette affaire, le juge Heald s'est contenté de rejeter l'objection au motif que le rapport datait d'avant le 1er juin 1971. Malheureusement cela ne résout pas les questions

228. *Loc. cit.*, note 167. *Sherman, loc. cit.*, note 188.
229. *Ibid.*
230. *Loc. cit.*, note 49. Et aussi dans l'affaire *Kedward* v. *La Reine*, [1973] C.F. 1142. Voir *Diabo* v. *Mohawez Council of Kanawake, loc. cit.*, note 6, pp. 5–6.
231. *Ibid.*, p. 1230.
232. *Lingley* v. *Hickman, loc. cit.*, note 4. Action rejetée an fond, *Lingley* v. *Commission d'examen du Nouveau-Brunswick*, [1973] C.F. 861.
233. *Ibid.*, p. 184.

de fond. Est-ce que la Cour d'appel serait compétente en vertu de l'article 28 pour examiner et écarter le rapport d'une commission d'enquête au motif par exemple que les membres n'ont pas respecté les règles de justice naturelle ? Les recommandations d'un tel rapport sont-elles une « décision » au sens de l'article 28(1) ? Est-ce que les fonctions qu'exerce une commission ayant le pouvoir d'enquêter et de faire rapport sont purement administratives ? Ces questions sont importantes. Comme le souligne Norman Fera [234], dans la mesure où la Cour d'appel serait compétente, elle enlèverait la compétence à la Division de première instance pour accorder une déclaration de nullité contre la décision d'un organisme administratif. Dans cette même affaire, le juge Heald admettait qu'il est vital pour une commission qui peut influencer fortement l'organisme qui prend la décision d'observer les règles de justice naturelle [235]. Il se situait ainsi dans l'approche qu'allait adopter le juge Pigeon dans l'affaire *Saulnier* v. *la Commission de police du Québec* [236]. Plus tard dans son jugement rendu sur le fond de l'affaire, le juge Heald dit qu'il « estime toujours que la Cour d'appel serait le tribunal compétent pour examiner les procédures de la Commission du 10 novembre 1971, en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* » [237].

Cependant, il semble qu'il s'agisse là d'une tendance minoritaire en Division de première instance [238]. A l'analyse de l'arrêt « *B* » v. *M.m.d.i* [239] on peut dire que cette Division par la voix du juge Addy a confirmé l'approche traditionnelle consacrée par l'arrêt *Guay* v. *Lafleur* [240] à propos de la nature de la fonction exercée par une commission d'enquête. Dans cette affaire le juge Addy en arrive à la conclusion qu'il ne s'agit en aucune façon d'établir un droit, puisque le devoir et les fonctions de la commission se bornent à faire un rapport et qu'elles ne sont pas judiciaires ou quasi judiciaires. Il s'appuie entre autres

234. *Op. cit.*, note 85, pp. 267–268.
235. *Loc. cit.*, note 4, p. 177.
236. (1975) 6 N.R. 541.
237. *Lingley* v. *Commission d'examen du Nouveau-Brunswick, loc. cit.*, note 232, p. 865.
238. *Succession Grauer* v. *La Reine, loc. cit.*, note 84, où le juge Collier refuse d'émettre un bref de prohibition contre un enquêteur procédant à une audition en vertu de l'article 18 de la *Loi sur l'expropriation* S.R.C. 1970 (1e supp.), c. 16 ; *Landreville* v. *La Reine loc. cit.*, note 49, p. 1227 ; *Lambert* v. *La Reine*, [1975] C.F. 548.
239. [1975] C.F. 602.
240. [1965] R.C.S. 12.

sur l'arrêt *Howarth* [241], préférant délaisser une jurisprudence plus sensible aux conséquences d'un tel rapport sur les droits de la personne telle qu'élaborée dans l'affaire *Saulnier*. A la lumière de ce jugement on peut déceler une autre tendance de la Cour dans l'application du précédent *Howarth*. Il ne s'agit plus de se limiter aux matières similaires à celles des libérations conditionnelles. Au contraire, ici le juge l'applique en matière d'immigration et dans le contexte du rapport d'une commission d'enquête auquel il aurait été plus facile d'adapter l'arrêt *Saulnier*.

Devant cette tendance majoritaire actuelle il semble qu'il vaut mieux ne pas s'adresser à la Cour par voie de *certiorari* ou prohi*bition* pour obtenir un redressement contre le rapport d'une Commission. De plus, nous croyons qu'il ne serait pas prudent de s'adresser à la Division d'appel au moyen du recours prévu à l'article 28(1) pour examiner un tel rapport [241 *bis*].

Dans ce domaine et dans d'autres espèces analogues le jugement déclaratoire serait un redressement approprié Le juge Addy nous explique en ces termes les cas d'ouverture de ce recours : « En ce qui concerne l'ordonnance déclaratoire, puisqu'un office ou une commission, exerçant des pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires, ne pouvait jamais faire l'objet d'une action en justice ou de redressements ou procédures en *equity*, et puisque le redressement approprié contre un tel organisme s'obtient par voie de bref de prohibition ou d'examen judiciaire par la Cour d'appel en vertu de l'article 28, ... en ce qui concerne les décisions ou actions d'un tel organisme, on ne peut obtenir de jugements déclaratoires. Cependant, puisqu'il faut donner un sens aux mots, ils doivent donc être entendus comme accordant la compétence sur un office fédéral, etc., exerçant des fonctions non judiciaires » [242]. Ce recours est donc considéré comme étant d'un genre particulier, soit un recours d'*equity*. Il s'obtient au moyen d'une action en vertu d'une

241. *Loc. cit.*, note 119. Dans l'arrêt « *B* » v. *M.m.d.i., loc. cit.*, note 239, p. 611, le juge Addy constate que les *ratio* dans l'affaire *Saulnier* et dans l'arrêt *Howarth* lui apparaissent irréconciliables, mais il préfère adopter l'approche suivie par le juge Pigeon dans l'arrêt *Howarth* pour qualifier la fonction de l'enquêteur.

241 (*bis*). L'arrêt *Lingley* v. *Commission d'examen du Nouveau-Brunswick*, juin 75, A-250–74, a confimé notre point de vue. Le juge Pratte a déclaré qu'une recommandation d'une commission n'était pas une décision au sens de l'article 28(1).

242. « *B* » v. *M.d.i., loc. cit.*, note 239, p. 619.

règle de pratique spéciale. Compte tenu de sa nature fondamentale il semble que la Cour veuille le restreindre au contrôle des affaires purement administratives.

Le jugement déclaratoire prévu à l'article 18 comprend aussi l'équivalent du recours que nous connaissons au Québec sous le nom de jugement déclaratoire sur requête, prévu à l'article 453 du *Code de procédure civile* [243]. La Cour d'appel [244] a confirmé une décision de la Division de première instance [245] à l'effet qu'une Cour supérieure ne perd pas son pouvoir d'accorder un jugement déclaratoire lorsque la loi qui régit une question particulière prévoit une procédure spéciale devant une autre Cour devant laquelle cette question pourrait se présenter. La Cour semble considérer son pouvoir de rendre un jugement déclaratoire comme un pouvoir inhérent à son statut de cour supérieure. De fait ce recours est utilisé assez fréquemment, surtout en matière criminelle [246].

Le fait que l'appelation jugement déclaratoire regroupe en pratique deux recours différents peut être une source de confusion. En général il faut lire attentivement les conclusions d'un jugement pour savoir si une demande de jugement déclaratoire visait à obtenir une déclaration en nullité ou une ordonnance déclaratoire.

Habeas corpus

On a aussi tenté d'utiliser le jugement déclaratoire à des fins détournées. On sait que la Cour fédérale n'a pas compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* [247]. Cette matière a été laissée aux cours supérieures provinciales afin qu'elles continuent à l'administrer sur une

243. *Loc. cit.*, note 19. Cet article se lit comme suit : « Celui qui a intérêt à faire déterminer immédiatement pour la solution d'une difficulté réelle, soit, son état, soit quelque droit, pouvoir ou obligation pouvant lui résulter d'un contrat, d'un testament ou de tout autre écrit testamentaire, d'un statut, d'un arrêté en conseil, d'un règlement ou d'une résolution d'une corporation municipale, peut par requête au tribunal, demander un jugement déclaratoire à cet effet ».

244. *C.R.T.C.* v. *Teleprompter Cable Comm.*, [1972] C.F. 1265, pp. 1267–1268.

245. Décision non rapportée du 11 septembre 1972.

246. Voir notamment, *In re* Zong, [1975] C.F. 430 ; *Godon* v. *Service des Pénitenciers*, [1975] C.F. 77 ; *Sedore* v. *le Commissaire des Pénitenciers*, [1972] C.F. 898; *Le Heinsworth* v. *le Solliciteur général du Canada*, *loc. cit.*, note 136.

247. *Ex p. Quevillon*, (1975) 20 C.C.C. 555 ; *Sadique* v. *M.m.d.i.*, *loc. cit.*, note 212, p. 724.

base locale, puisqu'au dire du gouvernement fédéral elle fonctionnait bien de cette façon [248].

D'ailleurs depuis la création de la Cour fédérale les cours supérieures provinciales ont entendu des demandes d'*habeas corpus* [249], confirmant ainsi leur juridiction. Ce silence dans la *Loi sur la Cour fédérale* concernant l'*habeas corpus* a incité certains détenus à s'adresser à la Division de première instance [250] pour obtenir un jugement déclaratoire portant qu'ils sont détenus illégalement dans un pénitencier en vertu de mandats de dépôts irréguliers. A deux reprises le juge Cattanach a émis des doutes sur la compétence de la Cour pour rendre un jugement déclaratoire ayant le même effet qu'un bref d'*habeas corpus* étant donné que la Division de première instance n'avait pas compétence pour émettre un tel bref. Il ne s'est cependant pas prononcé sur la question étant donné que ses conclusions sur le fond lui permettaient de rejeter la demande. Il est regrettable que nous ne puissions connaître la position définitive de la Cour sur cette question importante. Si la Cour considère qu'elle a compétence dans certains cas pour rendre un jugement déclaratoire équivalant à un *habeas corpus,* elle pourrait ainsi contourner sa loi constitutive et le vœu du législateur. Nous ne croyons pas que la Cour puisse faire indirectement ce que sa loi constitutive ne lui permet pas de faire directement.

En admettant que le bref d'*habeas corpus* ou tout autre redressement de même nature soit du ressort exclusif des tribunaux provinciaux, nous avons tout de même remarqué qu'il existe des possibilités de solutions contradictoires entre la Cour fédérale et les Cours supérieures provinciales, à propos de litiges similaires.

Dans l'affaire *In re Zong* [251] un détenu, prétendant que le Commissaire des pénitenciers n'avait pas calculé correctement la durée de son emprisonnement, demandait une ordonnance déclaratoire pour faire rec-

248. Comité permanent sur la justice, *op. cit.*, note 51, 26:25–26.

249. *Cotroni* v. *A.G. Canada,* [1974] C.A. N° 10–000154–74. *Re Commonwealth of Virginia and Cohen N° 2,* [1974] 1 O.R. 262 ; *Ex p. Marcotte,* (1973) 10 C.C.C. (2ed) 441. Dans ces deux derniers arrêts on a jugé recevable une demande de *certiorari* ancillaire à une demande d'*habeas corpus.* Par ailleurs, dans le premier arrêt on a jugé que la Cour était incompétente pour émettre un *certiorari* ancillaire.

250. *Johns* v. *Le Commissaire des pénitenciers,* [1974] 1 C.F. 545 ; *Cavanaugh* v. *Commissaire des pénitenciers,* [1974] 1 C.F. 515.

251. *Loc. cit.*, note 246. Voir également *Auger* v. *Service des pénitenciers canadien, loc. cit.*, note 134.

tifier l'erreur. Dans cette affaire, le détenu condamné à dix ans de prison en 1966, avait perdu sa libération conditionnelle en 1971 à cause d'une infraction criminelle. Il s'agissait de savoir si la déchéance de sa libération conditionnelle lui faisait perdre la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit au moment où elle lui avait été accordée. Le juge Addy décida que la déclaration de culpabilité d'une infraction criminelle avait annulé la réduction statutaire de peine inscrite à son crédit. Selon lui, cela résultait des modifications apportées en 1969 aux articles 16 et 17 de la *Loi sur les libérations conditionnelles* [252]. Celles-ci prévoyaient la perte d'une telle remise lors d'une révocation ou d'une déchéance de libération conditionnelle. Quelques temps après, un détenu demandait devant la Cour suprême de l'Ontario [253] une ordonnance afin qu'il soit relâché de prison au motif qu'il avait complété toute la sentence prononcée contre lui et que la révocation de sa libération conditionnelle ne lui avait pas fait perdre sa réduction statutaire de peine. Le juge Keith décida, pour sa part, qu'un détenu condamné avant le dit amendement avait des droits acquis « *to statutory and other remission not to be disturbed by changes in legislation* » [254]. Il se dit désolé de voir qu'une législation qui se voulait cohérente et remédiatrice ait pour résultat des décisions contradictoires entre la Cour fédérale et les tribunaux provinciaux. Après une semonce au législateur il conclut que la « *liberty of the subject is too important a matter to be the victim of vague laws subject to varying interpretations* » [255].

Evidemment nous partageons l'avis du juge Keith. Mais, même avec des lois mieux rédigées, le risque d'interprétations contradictoires subsistera tant qu'une loi devra être interprétée par deux systèmes judiciaires indépendants, saisis au moyen de recours différents quant à des litiges similaires. En particulier dans ce domaine [256] nous sommes loin du désir de cohérence manifesté lors de la création de la Cour fédérale comme forum unique du contrôle judiciaire fédéral.

---

252. S.C. 1958, c. 38, maintenant article 20(1) et 21 de la *Loi sur la libération conditionnelle des détenus, loc. cit.*, note 111.
253. *Ex parte Spice*, [1975] C.C.C. 141.
254. *Ibid.*, p. 146.
255. *Ibid.*, p. 147.
256. De même, en matière d'extradition où le contentieux criminel est fréquent il peut y avoir des risques de solutions contradictoires. À ce sujet l'association du Barreau Canadien présentait une résolution au ministre Otto Lang, à l'effet que toute la juridiction en matière d'extradiction devrait être dévolue aux cours supérieures provinciales ; voir « The National », février 1974.

Mandamus

L'article 18 donne aussi compétence à la Division de première instance pour émettre une ordonnance de *mandamus*. Ce recours a pour but de contraindre un agent public à exécuter un devoir légal [257]. Le requérant doit démontrer qu'il en a requis l'exécution et que les personnes tenues de l'accomplir ont refusé [258]. Il ne doit être accordé que lorsqu'il s'impose vraiment [259].

Il ne peut être utilisé pour forcer l'exécution d'un pouvoir discrétionnaire [260] fondé sur des normes subjectives de politique, d'opportunité ou de discrétion administrative. De même, il ne s'applique pas à un office exerçant des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires [261]. Ainsi, l'enregistrement d'une renonciation à un brevet ne peut être forcé au moyen du bref de *mandamus*.

Cette décision peut affecter les droits légitimes de l'auteur de la renonciation. Elle 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 [262]. Ceci a pour effet de la soumettre au pouvoir de contrôle de la Cour d'appel en vertu de l'article 28(1).

Le *mandamus* est utilisé pour forcer l'exécution d'un devoir public. Dans certains cas, un tel refus peut constituer une décision administrative légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. L'étendue de la compétence de la Division de première instance relativement à ce moyen s'en trouve assez restreinte. Il lui resterait des cas semblables à celui soumis dans l'affaire *Bay* v. *La Reine* [263] où il fut décidé que le refus d'un régistraire d'ajouter un nom sur une liste de bande en vertu de l'article 7(1) de la *Loi sur les Indiens* [264] ne constituait pas une décision au sens de l'article 28(1). Alors, comme le suggérait le

257. *Weatherby* v. *M.T.P.*, [1972] C.F. 952 ; *Rossi* v. *La Reine*, *loc. cit.*, note 194, pp. 536–537.
258. *Commonwealth of Virginia* v. *Cohen*, [1973] C.F. 622, pp. 624–625 ; *Kaps Transport* v. *C.C.T.*, [1973] C.F. 739, p. 741.
259. *Szoboszloi* v. *le Directeur général des élections*, [1972] C.F. 1020, p. 1023.
260. *National Indian Br.* v. *Juneau* [N° 3], [1971] C.F. 498, pp. 517–518.
261. « *B* » v. *M.m.d.i.*, *loc. cit.*, note 239, p. 621 ; *Monsanto* v. *Commissaire des brevets*, *op. cit.*, note 132, pp. 214–215.
262. *Monsanto*, *ibid.*, p. 215.
263. *Op. cit.*, note 66. Dans ce cas il ne faudrait pas assigner la Couronne, car elle n'est pas soumise au *mandamus*.
264. *Op. cit.*, note 6.

juge Thurlow, « dans le cas où une personne a droit d'être inscrite et se voit opposer un refus ... il aurait fallu demander un redressement par voie de *mandamus* » [265] avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la Cour fédérale car ce refus n'était pas une décision susceptible d'être revisée par voie de *certiorari*.

Injonction

Quant à l'injonction il s'agit d'un recours de même nature que le jugement déclaratoire c'est-à-dire un recours d'équité. Il est utilisé très fréquemment en Cour fédérale pour des cas de contentieux privé comme par exemple en matière de violation de droit d'auteur [266] ou de marque de commerce [267]. Par ailleurs, il n'est pratiquement jamais utilisé comme moyen de contrôle judiciaire, bien que la Division de première instance ait une compétence certaine à son égard. Elle peut émettre une injonction ou tout redressement péremptoire en *equity* à condition que l'office n'exerce pas des fonctions judiciaires et qu'il ne soit pas dirigé contre la Couronne [268].

CONCLUSION

Après avoir relevé de manière assez synthétique les différents recours extraordinaires, on se rend compte que l'article 18 constitue bien une clause résiduelle de contrôle judiciaire de l'Administration publique fédérale. Un relevé des décisions rendues par la Cour nous permet d'affirmer que le volume du contentieux de la légalité est beaucoup moins important en Division de première instance qu'en Cour d'appel. De plus, le libéralisme procédural de la Cour n'efface pas une certaine rigidité lorsqu'il s'agit de distinguer la nature de la fonction exercée par un organisme administratif pour décider de l'admissibilité d'un recours particulier. Il ressort de la jurisprudence que le recours accessible pour contrôler un organisme administratif tenu d'appliquer un processus judiciaire est le bref de prohibition à condition qu'il n'ait pas encore rendu une décision finale et qu'il escède manifestement ses pouvoirs. Les décisions

265. *Bay* v. *La Reine, loc. cit.*, note 66. p. 527.

266. *T. J. Moore* v. *les accessoires de bureau de Québec*, C.F. nº T-1819-72 ; *Blue Crest Music* v. *Canusa Records*, C.F. nº T-775-71.

267. *Gastebled* v. *Stuyck*, [1973] C.F. 24 ; *Bateaux St-Maurice* v. *Bateaux de la Mauricie*, [1973] C.F. 1068.

268. « *B* » v. *M.m.d.i., loc. cit.*, note 239, p. 608, 620-621. Voir aussi *André Filion* v. *La Reine*, [1972] C.F. 1202 et *C.R.T.C.* v. *Téléprompter loc. cit.*, note 244, p. 1270.

ou recommandations purement administratives sont sujettes au jugement en déclaration de nullité à condition que celui-ci puisse avoir un effet pratique quelconque. Quant au refus d'exercer un devoir légal, il peut être contrôlé au moyen du bref de *mandamus* si un tel refus ne constitue pas une décision légalement soumise à un processus judiciaire au sens de l'article 28(1).

L'ambiguité des termes utilisés par le législateur aux articles 18 et 28 n'a pas été clarifiée de manière tout à fait satisfaisante par la Cour. En particulier, on ne sait toujours pas quelle est la limite exacte entre la compétence respective des deux divisions lorsqu'il s'agit de demander l'annulation d'une décision administrative. La jurisprudence actuelle est à mi-chemin entre l'approche organique, qui ne ferait relever de la Division d'appel que les tribunaux administratifs au sens strict, et l'approche matérielle, laquelle engloberait tous les organismes dont les décisions sont susceptibles d'atteindre de manière spéciale les droits d'un citoyen.

Seul un partage de fonctions plus clair évitera à la Cour de buter sur la question de la recevabilité d'un recours et lui permettra de se pencher plutôt sur les problèmes de fond soumis par les requérants.

La Cour a déjà assez bien dégagé sa compétence d'organisme de surveillance et de contrôle de toutes les autorités administratives agissant en vertu de lois fédérales, même si certains domaines liés au contentieux criminel, l'extradition par exemple, se rattacheraient davantage au domaine pénal qu'au domaine administratif.

Néanmoins, la réforme entreprise ne sera complète que lorsque le statut d'organisme bi-divisionnel qui est celui de la Cour fédérale aura été tranché de manière rationnelle. On pourrait aussi envisager pour la Division de 1ère instance le rôle de « service d'urgence » où s'adresseraient tous les requérants désireux d'obtenir un redressement rapide par voie de prohibition, *mandamus*, injonction ou déclaration. Par contre, les contestations engagées à l'encontre d'une décision administrative finale, qu'il s'agisse d'une décision à portée générale ou particulière, quasi judiciaire ou purement discrétionnaire, pourraient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la Division d'appel.

La Cour fédérale a déjà en bonne partie relevé le défi que constituait son statut de détenteur exclusif du pouvoir de contrôle de l'Administration publique fédérale. Il est à souhaiter que le législateur, à la lumière de l'expérience du fonctionnement de la Cour depuis 1971, vienne apporter les correctifs nécessaires pour lui permettre de jouer pleinement le rôle qui lui est dévolu.