

## **L'habeas corpus avec certiorari auxiliaire; le contrôle judiciaire des tribunaux créés sous l'empire de l'article 101 de l'A.A.N.B.; la notion d'équité administrative; *Re Pereira and Minister of Manpower and Immigration***

### **INTRODUCTION**

C'est un trait caractéristique du processus judiciaire du *common law* que souvent l'importance et la portée que peut avoir une cause ne se révèlent pas au moment de la publication du jugement: fréquemment, une modification législative sert à mettre en lumière un aspect négligé d'un jugement antérieur; quelquefois, la décision d'un tribunal statuant sur une autre affaire transformera les *obiter dicta* en *rationes decidendi*; ou encore, lorsqu'il y a plusieurs motifs de décision, il arrivera que des jugements postérieurs n'en retiendront que quelques-uns; finalement, il se peut que des aspects préliminaires mineurs, surtout en ce qui concerne la compétence d'un tribunal, assumeront une importance primordiale à la suite d'un jugement en appel. Le fait, donc, qu'une décision n'a pas fait tache d'huile au moment où elle a été rendue ne constitue pas une raison valable de l'oublier.

Le jugement de la Cour Suprême de l'Ontario, division de première instance, dans l'affaire *Re Pereira and Minister of Manpower and Immigration*<sup>1</sup> est un bel exemple d'un arrêt qui n'a pas soulevé beaucoup d'intérêt immédiat, mais qui en raison d'une décision judiciaire postérieure pourrait dorénavant avoir un impact profond en droit administratif. Au moment du jugement du juge Krever, on aurait pu douter de quelques aspects de sa décision, notamment, de ses conclusions sur des points préliminaires touchant la compétence de la Cour Suprême de l'Ontario et l'étendue du contrôle judiciaire des tribunaux fédéraux; cependant, parce que la cause avait été portée en appel, ce jugement de première instance avait échappé à la critique doctrinale. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario elle-même a semblé confirmer ces doutes quant aux points préliminaires; néanmoins, le juge Jessup s'est abstenu de discuter ces questions de compétence parce qu'il partageait les conclusions du juge Krever sur le fond.<sup>2</sup>

Aujourd'hui cependant, il faut tenir compte de la décision récente de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Nicholson c.*

<sup>1</sup>(1976), 14 O.R. (2d) 355 (Ont. H.C.).

<sup>2</sup>(1976), 14 O.R. (2d) 381 (Ont. C.A.). A la page 381, le juge Jessup concluait: "although it (la question de compétence) is the most important aspect, because we are not convinced that the learned judge below erred when he found that, on the merits and assuming that he had jurisdiction, the applicant was not entitled to the relief sought. . . . we express no opinion on 'the jurisdictional question'."

*Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police.*<sup>3</sup> Cet arrêt, qui reconnaît l'existence d'un devoir d'équité procédurale en droit administratif, semble indiquer que les Cours ontariennes ont eu tort quant au fond dans l'affaire *Pereira*. Si tel est le cas, les conclusions du juge Krever sur les questions préliminaires deviendront pour l'avenir la véritable *ratio decidendi* de son jugement. Ces conclusions, qui ne sont plus maintenant de simples *obiter dicta*, feront jurisprudence quant aux questions préliminaires. À ce titre, et vu les doutes du juge Jessup, elles méritent un examen détaillé, même si plus de trois ans se sont écoulés depuis le prononcé du jugement.<sup>4</sup>

Ce commentaire se veut une analyse de plusieurs aspects de la décision dans l'affaire *Pereira*. Premièrement, nous verrons comment l'arrêt *Nicholson* peut être interprété de manière à soutenir les prétentions de M. Pereira sur le fond: en d'autres termes, on établira pourquoi l'affaire *Pereira* pourrait assumer désormais une importance accrue. Ensuite, nous examinerons en détail le jugement du juge Krever en ce qui concerne les points préliminaires: ses conclusions sur la compétence des Cours supérieures provinciales et celles sur l'étendue du contrôle judiciaire des tribunaux fédéraux seront tour à tour étudiées. Après ce tour du droit administratif, nous reviendrons enfin, en conclusion, sur un trait saillant du processus judiciaire du *common law*: le caractère malléable des *rationes decidendi* dans un domaine tel que le contentieux administratif où des lois créatrices de juridiction prolifèrent.

Les faits de l'affaire *Pereira* étant complexes, il est nécessaire d'en faire un exposé détaillé.<sup>5</sup> Le 9 mai 1972, M. Pereira était entré au Canada en qualité de visiteur selon les termes de l'alinéa 7(1) *e* de la *Loi sur l'immigration*;<sup>6</sup> il devait quitter le pays au plus tard le 7 juin 1972. Le 5 juin 1972, il indiquait aux autorités son intention de faire une demande de résidence permanente, ce qu'il fit le 18 septembre 1972. Conformément à l'article 19, il se présentait, les 27 et 28 septembre devant un fonctionnaire de l'immigration et il fut prévu que des entrevues subséquentes auraient lieu. M. Pereira ne put s'y présenter parce qu'il purgeait une peine de 14 jours de prison, conséquence d'une condamnation en vertu du *Code criminel*<sup>7</sup> du Canada. Néanmoins, après avoir signalé le 15 octobre 1973 qu'il demeurerait toujours au Canada,<sup>8</sup> il renouvelait le premier novembre 1973 sa demande de résidence permanente. Le 5 novembre 1973, il assistait de nouveau aux entrevues

<sup>3</sup>(1978), 88 D.L.R. (3d) 671 (C.S.C.).

<sup>4</sup>Le jugement d'appel porte la date du 12 octobre 1976.

<sup>5</sup>Voir le sommaire: (1976), 14 O.R. (2d) 355 (Ont. H.C.) aux pages 357-358.

<sup>6</sup>S.R.C. 1970, c. 1-2. Cet article vise l'admissibilité, en qualité de visiteurs, des ministres du culte, des prêtres, etc.

<sup>7</sup>S.R.C. 1970, c. C-34.

<sup>8</sup>Voir le paragraphe 7(3) et l'article 19 de la *Loi sur l'immigration*.

prévues par l'article 19, et encore une fois un fonctionnaire fixait une date pour une entrevue subséquente. M. Pereira ne se présenta pas à cette entrevue parce qu'il purgeait une autre peine de prison en raison d'une nouvelle condamnation en vertu du *Code criminel*. De plus, entretemps, soit le 21 septembre 1973, il avait été trouvé coupable d'une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*.<sup>9</sup> Devant ces faits, les autorités décidèrent de procéder à l'expulsion de M. Pereira. Le 27 mai 1974, un fonctionnaire de l'immigration déposait un rapport écrit, tel que prévu par l'article 18 de la *Loi sur l'immigration*, et le 29 mai 1974 une enquête en vertu de l'article 25 de cette loi avait lieu. Après cette enquête, l'enquêteur spécial rendait un ordonnance d'expulsion contre M. Pereira. Le 17 avril 1975, la Commission d'appel de l'immigration refusait d'entendre un appel de cette ordonnance pour le motif qu'elle n'avait pas compétence en l'espèce.<sup>10</sup> Le 24 septembre 1975, la Cour d'appel fédérale refusait la permission d'appeler et le 18 mars 1976 un mandat d'arrestation était décerné et exécuté contre M. Pereira.

À ce moment, son avocat demanda un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire devant le juge Krever. Au soutien de cette requête, il soulevait deux arguments: (1) la *Loi sur l'immigration* ne permet pas une expulsion selon les articles 18 et 25 tant qu'il y a des procédures en cours en vertu des articles 19 et 22. Conséquemment, si l'enquête du 29 mai 1974 constituait une enquête visée par l'article 25 plutôt que la suite de l'enquête selon l'article 19 commencée en novembre 1973, elle était entachée de nullité formelle. (2) Subsidiairement, si la *Loi sur l'immigration* permettait une expulsion en vertu des articles 18 et 25 pendant qu'il y avait une instance selon les articles 19 et 22 toujours en cours, dans le cas particulier de M. Pereira, le défaut ou le refus par les autorités de considérer l'enquête du 29 mai 1974 comme étant la suite de celle du mois de novembre précédent constituait un manquement aux règles de justice naturelle. En d'autres termes, M. Pereira demandait un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire pour le motif que sa détention était illégale, soit parce que les procédures d'expulsion à la suite desquelles il fut incarcéré étaient *ultra vires*, soit parce que ces procédures étaient nulles à cause de l'inobservance des règles de justice naturelle. Paradoxalement, M. Pereira ne cherchait ni l'annulation de l'ordonnance d'expulsion, ni une prohibition de toute procédure d'expulsion future; en effet, il voulait simplement que sa demande de résidence permanente selon l'article 19 soit entendue avant que les autorités ne procèdent à son expulsion.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup>S.R.C. 1970, c. N-1.

<sup>10</sup>L'article 11 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* S.R.C. 1970, c. I-3, tel que modifié par la *Loi modifiant la Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* S.C. 1973, c. 27, art. 5, ne permet pas un appel contre toutes les ordonnances d'expulsion. Voir *infra*, note 16.

<sup>11</sup>Voir (1976), 14 O.R. (2d) 355 (Ont. H.C.) à la page 371.

Le motif de base pour cette requête bizarre se trouve dans les dispositions modifiées de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*.<sup>12</sup> Selon cette loi et la jurisprudence majoritaire, la Commission d'appel est dotée d'une compétence équitable, large et libérale<sup>13</sup> et possède le pouvoir d'annuler les ordonnances d'expulsion ou de surseoir à leur exécution pour plusieurs motifs, y compris certains qui ne peuvent être plaidés devant l'enquêteur spécial.<sup>14</sup> Mais d'après la *Loi modifiant la Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*,<sup>15</sup> le droit d'appel à la Commission est strictement limité et ne peut être invoqué que dans certains cas, dont fait partie la demande de résidence permanente en vertu de l'article 19 (ce qui était le cas de M. Pereira), mais non la procédure d'expulsion en vertu de l'article 18.<sup>16</sup> En effet, le but de la requête en *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire était de permettre à M. Pereira de profiter d'un droit d'appel à la Commission d'appel de l'immigration.

Face à cette requête, la Couronne fit valoir deux arguments: (1) vu l'article 22 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* et les articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*,<sup>17</sup> la Cour suprême de l'Ontario n'avait pas compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire; et (2) même si elle avait compétence, dans l'espèce il n'y avait ni excès de juridiction, ni manquement aux règles de justice naturelle pouvant donner lieu à une libération par voie d'*habeas corpus*. En première instance, le juge Krever concluait que la Cour suprême de l'Ontario avait compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* à l'encontre des ordonnances d'expulsion, mais que l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* rendait irrecevable la demande auxiliaire de *certiorari*. Cette conclusion avait pour effet d'anéantir l'efficacité du bref d'*habeas corpus*: parce que l'illégalité qui frappait la détention n'apparaissait pas à la lecture du mandat, la Cour ne pouvait pas accueillir la requête en *habeas corpus*.<sup>18</sup> Le juge Krever concluait également que même si la Cour avait compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire en l'espèce, il aurait refusé de le faire au motif qu'il n'y avait

<sup>12</sup>S.R.C. 1970, c. I-3.

<sup>13</sup>Voir par exemple *Grillas c. M.M.I.*, [1972] R.C.S. 577.

<sup>14</sup>Voir S.R.C. 1970, c. I-3, art. 15.

<sup>15</sup>S.C. 1973, c. 27.

<sup>16</sup>Selon l'article 5 de la loi de 1973, M. Pereira n'aurait droit à un appel de l'ordonnance d'expulsion que s'il était un résident permanent du Canada. Donc, c'était dans son intérêt de mener à terme sa demande faite en vertu de l'article 19 de la *Loi sur l'immigration*. De plus, selon les sous-alinéas 7a(i) et 7a(ii) de la loi modificatrice, si le statut de résident permanent ne lui était pas accordé à l'issue de l'enquête en vertu de l'article 19 de la *Loi sur l'immigration*, il aurait un droit d'appel par voie d'exception: il est arrivé au Canada avant le 30 septembre 1972 et il a déposé une déclaration en vertu du paragraphe 7(3) de la *Loi sur l'immigration* dans les délais prévus par le paragraphe 8(1) de la loi modificatrice.

<sup>17</sup>S.R.C. 1970, (2me supp.) c. 10.

<sup>18</sup>Voir *infra*, partie II.

ni excès de juridiction ni manquement aux règles de justice naturelle. En appel, le juge Jessup exprimait des doutes sur la question de compétence, mais partageant l'opinion du juge Krever sur le fond, il rejetait l'appel.

Ces deux décisions des Cours ontariennes soulèvent directement des controverses importantes en droit administratif quant à la nature et la portée du bref d'*habeas corpus* en matière fédérale et quant au contenu des règles de justice naturelle. Mais elles touchent indirectement un autre point primordial qui ne fut pas discuté: l'étendue du pouvoir de surveillance (soit des Cours supérieures provinciales, soit de la Cour fédérale) sur les décisions des tribunaux établis en vertu de l'article 101 de l'A.A.N.B. Examinons maintenant chacune de ces questions.

### **L'AFFAIRE PEREIRA DANS LA PERSPECTIVE DES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES, DES RÈGLES DE JUSTICE NATURELLE ET DE L'ÉQUITÉ ADMINISTRATIVE**

Ainsi que nous l'avons indiqué, M. Pereira alléguait que sa détention était illégale parce que les procédures suivies par les autorités le 29 mai 1974 étaient nulles, soit à cause d'un défaut juridictionnel formel, soit à cause d'un manquement aux règles de justice naturelle. Quant au premier argument, qui ne nous intéresse guère, il veut que les procédures visées par les articles 18 et 25 de la *Loi sur l'immigration* ne puissent être intentées contre un individu qui tombe sous le coup du paragraphe 7(3) de cette loi. Le paragraphe 7(3) et les articles 19 et 22 de la Loi règlent le cas d'un visiteur qui décide par la suite de faire une demande de résidence permanente; par contre, les articles 18 et 25 visent l'expulsion du Canada de tout individu qui n'est pas citoyen. Il est donc nécessaire de décider si les procédures des articles 19 et 22 ont préséance sur celles des articles 18 et 25.

Au soutien de sa prétention, M. Pereira avance deux arguments d'interprétation législative. Premièrement, il invoque un argument de texte. Par suite d'une modification à la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, un immigrant ne pouvait pas se faire insouire par un fonctionnaire de la Commission tel que prévu par l'article 19 de la *Loi sur l'immigration* dans les cas où il est visé par un rapport déposé en vertu de l'article 22, ou s'il a été arrêté en application de l'article 14 ou 15 de cette loi (notamment quand il existe des motifs pour commencer une enquête d'expulsion en vertu des articles 18 et 24).<sup>19</sup> M. Pereira prétendait que la proposition inverse suivait logiquement; c'est-à-dire, on ne peut procéder à l'enquête visée par les articles 18 et 25 avant la conclusion des procédures en vertu de l'article 19. Mais aucune disposition à cet effet ne se trouve dans la loi modificatrice. De plus, la prohibition édictée par la loi fut imposée à la suite d'une amnistie exceptionnelle accordée aux résidents entrés illégalement au Canada:

<sup>19</sup>S.C. 1973, c. 27, paragr. 8(2).



par cette prohibition, on a voulu restreindre la portée de l'amnistie aux seuls individus non-susceptibles de se faire expulser du Canada; on n'a point visé une restriction aux cas d'ouverture des procédures d'expulsion eux-mêmes.<sup>20</sup> Par conséquent, ce premier argument de texte est sans valeur.

En deuxième lieu, M. Pereira soulevait un argument jurisprudentiel: il prétendait que les causes *R. v. Pringle, Ex parte Mills*<sup>21</sup> et *Leiba c. M.M.I.*<sup>22</sup> avaient décidé que si le paragraphe 7(3) s'applique à un immigrant, l'article 18 de la *Loi sur l'immigration* ne peut être invoqué à son égard. En d'autres termes, M. Pereira prétendait que son statut d'immigrant selon le paragraphe 7(3) l'exemptait de toutes les dispositions de l'article 18. Mais le juge Krever remarqua que ces arrêts avaient une portée restreinte, ne visant que le sous-alinéa 18(1)e)(vi) et non pas l'article 18 en entier: si un immigrant tombait sous le coup du paragraphe 7(3), il ne pouvait pas se faire expulser en raison du sous-alinéa 18(1)e)(vi). L'expulsion de M. Pereira se fondant sur l'alinéa 18(1)d) et le sous-alinéa 18(1)e)(ii), les deux jugements ne pouvaient pas s'appliquer.<sup>23</sup> Le juge Krever nota également que la *Loi modifiant la Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* avait incorporé la *ratio decidendi* de ces deux décisions dans son article 8; cet article ne stipule une incompatibilité qu'entre le paragraphe 7(3) et le sous-alinéa 18(1)e)(vi) et non pas entre le paragraphe 7(3) et tous les alinéas de l'article 18.<sup>24</sup> Le juge Krever arrivait donc à la conclusion qu'aucune disposition de la *Loi sur l'immigration* ne défendait expressément les procédures d'expulsion suivies par les autorités et que l'allégation d'*ultra vires* devait être rejetée.

Mais M. Pereira avançait un autre motif d'illégalité notamment une violation des règles de justice naturelle. En effet, il prétendait que:

where the immigration authorities have two avenues to pursue with respect to obtaining the deportation of a person, they must pursue the avenue which affords the applicant his fullest possible rights as to hearings and appeals, . . .<sup>25</sup>

<sup>20</sup>Voir S.C. 1973, c. 27, paragr. 8(1).

<sup>21</sup>[1968] 2 O.R. 129 (Ont. C.A.).

<sup>22</sup>[1972] R.C.S. 660.

<sup>23</sup>L'alinéa 18(1)d) vise des individus qui purgent une condamnation en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*; le sous-alinéa 18(1)e)(ii) vise des immigrants qui ont été déclarés coupables d'une infraction visée par le *Code Criminel*.

<sup>24</sup>Le sous-alinéa 18(1)e)(vi) concerne toute personne qui "est entrée au Canada comme non-immigrant et y demeure après avoir cessé d'être un non-immigrant ou d'appartenir à la catégorie particulière dans laquelle elle a été admise en qualité de non-immigrant." Le paragraphe 7(3) vise une personne entrée au Canada en qualité de non-immigrant, qui cesse d'être un non-immigrant ou d'appartenir à la catégorie particulière dans laquelle elle a été admise à ce titre, et qui, demeurant au Canada, signale ce fait au ministère de l'Immigration.

<sup>25</sup>(1976), 14 O.R. (2d) 355 (Ont. H.C.), à la page 379.

Le juge Krever rejeta cette prétention concluant que si la loi envisageait la coexistence des deux procédures d'enquête (celles de l'article 18 et celles de l'article 19), il n'y avait pas lieu d'invoquer les règles de justice naturelle pour obliger les autorités à suivre l'une ou l'autre de ces procédures. Selon le juge, à moins d'une preuve de mauvaise foi dans la décision de refuser de considérer que l'enquête du 29 mai n'ait constitué une suite de celle du mois de novembre précédent, M. Pereira n'avait pas de plainte valable. Le juge Krever conclut ainsi que les règles de justice naturelle visent seulement l'existence d'un droit d'audition et la nature de cette audition; elles ne traitent point des matières incidentes telles que le droit d'appel et l'exercice d'une discrétion.

Cette prise de position reflète la thèse classique.<sup>26</sup> Même si le juge ne cite aucune jurisprudence au soutien de cette conclusion, il est clair qu'il se fonde sur les arrêts tels que *R. c. Smythe*,<sup>27</sup> décidé par la Cour suprême du Canada. Dans l'affaire *Smythe*, la Cour a statué que la discrétion accordée au Procureur Général du Canada par le paragraphe 132(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*<sup>28</sup> ne va à l'encontre ni de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>29</sup> ni des règles de justice naturelle. Le paragraphe 132(2) permet au Procureur-Général, dans les poursuites pour fraude fiscale, de procéder soit par mise en accusation, soit par déclaration sommaire de culpabilité. Même si le choix des procédures détermine non seulement les formalités à suivre mais aussi la peine minimale que devra purger le coupable, la Cour a estimé que l'existence de cette discrétion est permise et que son exercice n'est pas assujéti au contrôle judiciaire procédural. Par analogie, on pourrait conclure que la décision quant aux procédures à suivre selon la *Loi sur l'immigration* échappe également au contrôle judiciaire pour l'inobservance des règles de justice naturelle.

Toutefois, il n'est pas clair que l'arrêt *Smythe* puisse être invoqué au soutien de la décision dans l'affaire *Pereira*. En effet, trois traits importants distinguent ces deux causes. Premièrement, dans l'affaire *Smythe* la discrétion en question reposait entre les mains du Procureur Général. Il est bien établi que les tribunaux hésitent avant d'intervenir en matière de discrétion ministérielle, même si le ministre agit en vertu d'un pouvoir conféré par la loi.<sup>30</sup> Si la Cour suprême a refusé d'intervenir, il faut tenir compte du statut de celui qui exerçait la discrétion. Deuxièmement, dans l'affaire *Smythe* la procédure choisie par le Procureur Général (une mise en accusation) aurait accordé plus de

<sup>26</sup>Voir, par exemple, deSmith, *Judicial Review of Administrative Action* (3rd ed., 1973); Ouellette et Pépin, *Principes de contentieux administratif* (2me éd., 1979).

<sup>27</sup>[1971] R.C.S. 680; voir également *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 S.R.C. 616.

<sup>28</sup>S.R.C. 1970, c. I-15.

<sup>29</sup>S.R.C. 1970, appendice III.

<sup>30</sup>Voir Grey, "Discretion in Administrative Law", (1979) 17 *O.H.L.J.* 107.

protection procédurale que celle voulue par M. Smythe (une déclaration sommaire de culpabilité). Devant ce fait, il est difficile de prétendre que l'exercice de cette discrétion puisse constituer un manquement aux règles de justice naturelle. Une troisième distinction ressort des dispositions de la loi elles-mêmes. Dans l'affaire *Smythe*, la discrétion en question était expressément prévue par la loi et portait sur le choix de procédures pour accomplir le même but (un procès pour fraude fiscale), tandis que dans l'affaire *Pereira* il ne s'agissait pas d'une discrétion conférée par la loi, mais plutôt d'une discrétion d'intenter des procédures distinctes (une demande de résidence permanente ou un procès d'expulsion). En dépit de ces différences, qui aurait permis au juge Krever d'écarter l'arrêt *Smythe*, la Cour a suivi la doctrine classique, refusant ainsi d'imposer aux autorités une obligation d'adopter la procédure la plus favorable à M. Pereira.

Bien qu'on puisse critiquer cette décision sur le fond, il faut reconnaître qu'habituellement les Cours canadiennes se sont données un rôle passif et conservateur en matière de justice naturelle.<sup>31</sup> Cependant, depuis l'arrêt *Nicholson* où la Cour suprême a reconnu l'existence d'un devoir d'équité procédurale administrative, il y a de bonnes raisons de croire que si l'affaire *Pereira* se présentait aujourd'hui, la Cour en disposerait différemment. Car cette notion d'équité administrative, surtout dans les domaines non-judiciaires, envisage des formalités n'ayant rien à voir avec l'existence ou le contenu d'une audition. En d'autres termes, l'équité procédurale peut être vue comme autorisant le contrôle de tout aspect procédural des décisions administratives.<sup>32</sup> Il serait donc possible d'invoquer la notion d'équité dans certains cas pour accorder le droit aux procédures les plus favorables. Reste à savoir s'il y a lieu d'imposer cette exigence dans l'affaire *Pereira*.

Il y a deux raisons principales pour conclure que l'équité administrative devrait fonctionner de manière à garantir un droit d'appel à M. Pereira. En premier lieu, les autorités avaient déjà commencé les procédures selon les articles 19 et 22. Étant donné que les formalités de l'audition et l'effet d'une décision défavorable sont, dans les deux cas, presque identiques, qu'il s'agisse d'une demande de résidence permanente ou d'une enquête d'expulsion, il serait injuste de permettre une transformation juridique de l'audition quand le seul résultat d'une telle transformation est la perte d'un droit d'appel. Il faut se rappeler qu'en vertu de ce droit d'appel un immigrant peut soulever des arguments irrecevables au niveau inférieur. La transformation des procédures non seulement entraîne la perte du droit d'appel, mais aussi limite le genre d'arguments ou de preuves recevables au soutien de la demande de résidence permanente ou de la défense à l'encontre d'une ordonnance d'expulsion.

<sup>31</sup>Voir, par exemple, *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453.

<sup>32</sup>Voir Macdonald, "Judicial Review and Procedural Fairness" (à paraître dans la Revue de droit de McGill).



Le fait que la modification à la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* pouvait avoir un effet rétroactif quant à M. Pereira constitue une deuxième raison pour invoquer l'équité administrative. Au moment où il faisait une demande de résidence permanente, la loi permettait l'appel de toute ordonnance d'expulsion sur une question de droit ou sur une question mixte de droit et de fait.<sup>33</sup> Mais la modification de 1973 a enlevé ce droit d'appel en particulier dans le cas d'un individu qui n'est pas un résident permanent du Canada, sauf si cet individu tombe sous une exception prévue par l'article 7 de la loi modificatrice. Cette exception, cependant, ne pouvait être invoquée qu'une fois la décision rendue en vertu de l'article 19 de la *Loi sur l'immigration*. Par conséquent, le déclenchement d'une enquête en expulsion pendant les procédures entreprises en vertu de l'article 19 avait pour effet de supprimer rétroactivement le droit d'appel de M. Pereira et de le tenir à l'écart de l'amistie accordée par la loi de 1973.

Pour ces deux motifs, on doit conclure que l'équité procédurale pourrait maintenant être invoquée pour garantir à M. Pereira le droit aux procédures les plus favorables, soit en l'espèce, un appel à la Commission d'appel de l'immigration. Donc, si l'affaire *Pereira* se présentait aujourd'hui, il est probable qu'on jugerait que les autorités auraient dû traiter les procédures du 29 mai 1974 comme la continuation de l'audition du mois de novembre précédent.<sup>34</sup> En conséquence, les questions préliminaires sur la compétence de la Cour suprême de l'Ontario assument une importance accrue.

### L'HABEAS CORPUS AVEC CERTIORARI AUXILIAIRE ET LES TRIBUNAUX FÉDÉRAUX

M. Pereira avait cherché à obtenir sa libération au moyen d'une requête en *habeas corpus* à laquelle était jointe une demande auxiliaire de *certiorari*. Cette requête soulève deux questions fondamentales quant au contrôle judiciaire des tribunaux fédéraux. Premièrement, vu les dispositions de l'article 22 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, les Cours supérieures provinciales ont-elles compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* à l'encontre des décisions prises lors de l'établissement d'une ordonnance d'expulsion?<sup>35</sup> Deuxièmement, vu

<sup>33</sup>S.R.C. 1970, c. 1-3, art. 11.

<sup>34</sup>Voir, cependant, l'arrêt récent de la Cour suprême de l'Ontario, *Weekly Court*, dans l'affaire *R. c. Saikaly*, (1979) 27 *Chitty's L.J.* 98. Dans cette affaire, le juge Grange a refusé d'appliquer la notion d'équité administrative dans des circonstances voisines des faites de l'affaire *Pereira*.

<sup>35</sup>L'article 22 dispose: "Sous réserve de la présente loi et sauf ce que prévoit la *Loi sur l'immigration*, la Commission a compétence exclusive pour entendre et décider toutes questions de fait ou de droit, y compris les questions de compétence, qui peuvent se poser à l'occasion de l'établissement d'une ordonnance d'expulsion ou de la présentation d'une demande d'admission au Canada d'un parent conformément aux règlements édictés sous le régime de la *Loi sur l'immigration*."

l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, peut-on joindre une demande de *certiorari* auxiliaire à une requête en *habeas corpus* devant les tribunaux provinciaux?<sup>36</sup>

La première de ces questions ne s'est jamais posée de façon directe, même si des problèmes analogues ont été considérés par les tribunaux canadiens. L'arrêt clef sur ce point est celui de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Pringle c. Fraser*.<sup>37</sup> Dans cette affaire, le juge Laskin souligna que l'article 22 supprimait le pouvoir des tribunaux provinciaux d'émettre un bref de *certiorari* dans certains cas. Il s'exprima comme suit:

Je suis convaincu que, dans le contexte du programme général de l'administration des politiques en matière d'immigration, les termes de l'art. 22... suffisent non seulement à revêtir la Commission de l'autorité déclarée mais encore à empêcher toute autre cour ou tout autre tribunal d'être saisis de tout genre de procédures, que ce soit par voie de *certiorari* ou autrement, relativement aux matières ainsi réservées exclusivement à la Commission. Le fait que cette interprétation a pour d'abolir le *certiorari* comme recours à l'égard des ordonnances d'expulsion contestables n'est pas une raison de refuser de donner aux termes leur sens évident... le *certiorari*, en tant que mesure de redressement, ne s'applique pas nécessairement à toutes les matières à l'égard desquelles on pourrait l'employer, si une loi valide d'exclusion est adoptée.<sup>38</sup>

Face à cette décision, il faut se demander si l'article 22, tel qu'interprété par la Cour suprême, est assez précis pour exclure également le recours en *habeas corpus* devant les tribunaux provinciaux. Cette question est compliquée par les termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui ont effectué un transfert du pouvoir de surveillance par bref de prohibition, de *certiorari*, de *mandamus*, par injonction ou par jugement déclaratoire à la Cour fédérale, mais qui n'ont pas affecté la compétence des Cours supérieures provinciales en matière d'*habeas corpus*. Dans l'affaire *Pereira*, le juge Krever avait semblé confondre ces deux points et avait assimilé l'effet de l'article 22 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* à celui de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* quant aux modalités du contrôle judiciaire; il avait conclu que seuls les recours expressément prévus par l'article 18, dont l'*habeas corpus* ne fait pas partie, avaient été supprimés et que la compétence à leur égard avait été transférée à la Cour fédérale.<sup>39</sup> Étant donné que l'arrêt *Pringle* ne portait pas sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que le juge Laskin parlait du recours par voie de *certiorari* en tant que tel, plutôt que du forum où le pouvoir de surveillance s'exerce, cette

<sup>36</sup>S.R.C. 1970, c. 10 (2me Suppl.). Texte de l'article 18: "La Division de première instance [de la Cour fédérale] a compétence exclusive en première instance a) pour émettre... un bref de *certiorari*... contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral;"

<sup>37</sup>[1972] R.C.S. 821. Voir les commentaires par Elliot, (1972) 7 *U.B.C.L.R.* 293, et Hogg, "Is judicial review of administrative action guaranteed by the British North America Act?", (1976) 54 *Rev. Bar. Can.* 716.

<sup>38</sup>[1972] R.C.S. 821, à la page 826.

<sup>39</sup>(1976), 14 O.R. (2d) 355 (Ont. H.C.) aux pages 361-364.

analogie du juge Krever paraît discutable. Dans l'affaire *Pringle*, il ne fut question que des pouvoirs de la Commission d'appel de l'immigration; la Cour suprême estima dans l'espèce que la compétence en appel de la Commission supprimait toute autre compétence en révision, soit de surveillance, soit d'appel, de toute autre Cour.<sup>40</sup> Si tel est l'effet de l'arrêt *Pringle*, tout ce qu'il faut conclure pour que le recours en *habeas corpus* soit également supprimé par l'article 22, c'est que la nature du contrôle judiciaire qui aurait pu être exercé au moyen d'une requête en *habeas corpus* dans l'affaire *Pereira* est semblable à celle du bref de *certiorari* de l'affaire *Pringle*.

En principe, le bref d'*habeas corpus* vise la surveillance des questions juridictionnelles relatives à une détention.<sup>41</sup> La seule fonction du tribunal consiste à examiner le mandat de dépôt et à constater que ce mandat n'est pas atteint d'un vice juridictionnel apparent à sa face même. Vu cette restriction, il faut conclure que si l'existence d'un pouvoir de *certiorari* des Cours supérieures provinciales (i.e. un pouvoir de surveillance des erreurs de compétence) est irréconciliable avec l'article 22 dans certains cas, le pouvoir d'émettre un bref d'*habeas corpus* est incompatible avec l'article 22 dans les mêmes circonstances.<sup>42</sup> Si l'on se fie au jugement dans l'affaire *Pringle*, on doit accepter qu'à l'exception du recours spécial prévu par l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, tous les moyens de se pourvoir contre les décisions d'expulsion sont supprimés, quelle que soit la cour dont ils émanent.<sup>43</sup>

Néanmoins, il semble exister une jurisprudence contraire, non seulement à l'égard du bref d'*habeas corpus*, mais en ce qui concerne tous les autres recours extraordinaires.<sup>44</sup> Tout récemment, dans l'affaire *Re Augustin et M.M.I.*,<sup>45</sup> deux juges de la Cour d'appel de Québec décidaient que les Cours supérieures provinciales avaient compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* en matière d'immigration dans les cas où il n'existe aucun appel à la Commission d'appel de l'immigration. Le juge Montgomery déclarait:

<sup>40</sup>D'accord Hogg, *op. cit.*, note 37, à la page 727.

<sup>41</sup>Le bref d'*habeas corpus* ne vise qu'une enquête "into the jurisdiction of the Court by which process the subject is held in custody and into the validity of the process upon its face." *Goldhar c. La Reine*, [1962] R.C.S. 431. Voir aussi Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1977).

<sup>42</sup>Les autres articles de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* qui donnent compétence à la Commission d'appel de surseoir ou d'annuler toute détention et de remettre tout détenu en liberté confirment cette conclusion.

<sup>43</sup>On fait exception du recours prévu par l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* à cause des mots "nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi..." Voir aussi *Re M.N.R. and MacDonald* (1977), 73 D.L.R. (3d) 403 (C.A. Fed.).

<sup>44</sup>Voir Macdonald, "Reopenings, reconsiderations and rehearings in Administrative Law", (1979) 17 *O.H.L.J.* 207, note 58.

<sup>45</sup>[1976] C.A. 478. Dans cette affaire, on cherchait un bref d'*habeas corpus* à l'encontre d'une détention résultant d'un refus injustifié de libération conditionnelle pendant une instance d'appel d'une ordonnance d'expulsion.

I have, after some hesitation, come to the conclusion that we should grant this application. I am well aware that *habeas corpus* is an exceptional remedy to which a party should have recourse only if no other legal remedy be available. In the present instance, I can find none.<sup>46</sup>

Même si cet énoncé semble à première vue contredire la Cour suprême, il est malgré tout compatible avec le jugement dans l'affaire *Pringle*. En effet, selon le juge Montgomery, la compétence en matière de contrôle judiciaire n'est pas supprimée par l'article 22, mais cette compétence ne peut s'exercer que si un recours devant la Commission est irrecevable. Dans l'affaire *Augustin*, même si le détenu avait été frappé d'une ordonnance d'expulsion, la décision de la Cour d'appel ne touchait aucunement la compétence de la Commission, ni la façon dont celle-ci interprétait sa propre compétence. Donc, la décision n'avait aucun effet quant aux "matières . . . réservées à la Commission."<sup>47</sup>

Ce n'est pas le cas devant les faits de l'affaire *Pereira*; si la Cour avait émis un bref d'*habeas corpus*, il aurait contredit la Commission d'appel quant à sa compétence. La Commission, ayant conclu que les procédures en vertu des articles 18 et 25 étaient permises, refusa d'entendre l'appel; si le juge Krever avait émis le bref d'*habeas corpus*, il aurait par le fait même substitué sa décision à celle de la Commission sur la question de compétence à entendre un appel. Un tel résultat aurait contredit le raisonnement du juge Laskin, que l'on trouve énoncé comme suit dans l'arrêt *Pringle*:

Les faits de l'espèce démontrent que la juridiction d'appel conférée à la Commission est irréconciliable avec le maintien de la compétence en matière de *certiorari* des cours supérieures provinciales.<sup>48</sup>

On doit conclure donc, que même si les tribunaux de droit commun conservent le pouvoir de statuer sur les recours extraordinaires, y compris l'*habeas corpus*, l'étendue de ce pouvoir de surveillance est fonction inverse de la compétence de la Commission d'appel.<sup>49</sup> Il en résulte que la Cour suprême d'Ontario, contrairement à ce qu'avait conclu le juge Krever, n'avait pas compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* dans l'affaire *Pereira*.

Mais décider que cette compétence n'existe pas ne règle que la première des questions soulevées par la requête de M. Pereira; il faut également déterminer, au cas où une telle compétence pourrait

<sup>46</sup>*Ibid.*, à la page 479.

<sup>47</sup>*Supra*, note 45, à la page 479. Si la loi ne prévoit pas un appel à la Commission d'appel et si la décision n'a pas pour résultat de définir les cas où un tel appel peut être exercé, une décision de la Cour d'appel du Québec n'affecte point la compétence de la Commission quant aux matières réservées exclusivement à sa décision.

<sup>48</sup>[1972] R.C.S. 821 à la page 827.

<sup>49</sup>Cette conclusion assume une importance accrue vu la modification à la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* de 1973 qui restreignait l'accès à la Commission dans certains cas d'expulsion.

s'exercer, (i) si, en matière fédérale, il est permis de joindre une demande de *certiorari* auxiliaire à une requête en *habeas corpus*, et sinon, (ii) quelles sont les conséquences de cette impossibilité. Le juge Krever, s'appuyant sur les termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* tel qu'interprétés par les arrêts *Mitchell c. La Reine*<sup>50</sup> et *Ex parte Berrabas*,<sup>51</sup> avait statué que la Cour n'avait pas compétence pour émettre un bref de *certiorari* auxiliaire. Par conséquent, vu la nature du bref d'*habeas corpus*, il s'estima obligé de ne pas examiner les prétentions de M. Pereira quant à l'illégalité de la détention.

Il résulte des dispositions de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* que la compétence des tribunaux provinciaux en matière de brefs de prérogative est entièrement dévolue à la Cour fédérale lorsque les procédures visent une décision d'un "office fédéral". Ce transfert de compétence comprend naturellement le pouvoir d'émettre un bref de *certiorari* à l'encontre d'une décision d'un enquêteur-spécial du ministère de l'Immigration. Mais l'article 18 ne fait pas mention du bref d'*habeas corpus*. Dans l'affaire *Mitchell*, qui émanait des tribunaux manitobains, la Cour suprême décida qu'en raison des dispositions de cet article, les tribunaux provinciaux n'avaient plus juridiction pour émettre un bref d'*habeas corpus* accompagné d'une demande auxiliaire de *certiorari*. Le juge Ritchie remarqua:

... de toute façon, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba n'aurait à mon avis, aucune juridiction pour émettre un bref de *certiorari*, en raison des termes de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.<sup>52</sup>

Après une étude détaillée de ce jugement (et en dépit des critiques de son bien-fondé)<sup>53</sup> ainsi que de certains jugements contraires antérieurs,<sup>54</sup> le juge Krever s'estima lié par l'arrêt *Mitchell* et rejeta la demande auxiliaire de *certiorari*.

Néanmoins, même si le raisonnement du juge Ritchie quant à l'effet de l'article 18 en général est accepté, il y a lieu de douter que son jugement s'applique aux requêtes en *habeas corpus* en Ontario, où l'affaire *Pereira* avait pris naissance.<sup>55</sup> En Ontario, le droit à l'*habeas corpus* en matière fédérale est réglé par une loi pré-confédérative de

<sup>50</sup>[1976] 2 R.C.S. 570. Voir les commentaires par Bloodworth, (1976) 8 *Ont. L.R.* 70; Wright, "Parole Revocation and Suspension", (1976) *Crim. Law Quart.* 435; Cromwell, "Parole Commitments and Habeas Corpus", (1976) 8 *Ont. L.R.* 650.

<sup>51</sup>Un jugement non-rapporté du juge Labrosse en date du 23 mars 1976.

<sup>52</sup>*Supra*, note 50, à la page 595. Trois autres juges souscrivaient expressément à cette opinion.

<sup>53</sup>*Supra*, note 50.

<sup>54</sup>*Re Commonwealth of Virginia and Cohen (No. 2)* (1974), 1 O.R. (2d) 262 (Ont. H.C.); *Ex parte Collins* (1976), 30 C.C.C. (2d) 460 (Ont. H.C.).

<sup>55</sup>Voir la longue analyse de cette question par Wright, *supra*, note 50.



1866 intitulée *An Act for more Effectually Securing the Liberty of the Subject*,<sup>56</sup> loi qui demeure en vigueur à cause de l'article 129 de l'A.A.N.B. Dans son article 5, cette loi de 1866 prévoit que:

In all cases, in which a writ of Habeas Corpus shall be issued under the authority of this Act, . . . it shall and may be lawful for the judge or court ordering the issuing of such writ . . . to direct the issuing of a writ of certiorari out of the court from which such writ of Habeas Corpus shall have issued . . .

En d'autres termes, par contraste avec le droit du Manitoba, le pouvoir d'émettre un bref de *certiorari* auxiliaire en Ontario ne se fonde pas sur la juridiction inhérente des Cours supérieures, mais ressort plutôt de la loi elle-même. Face à cette différence, l'arrêt *Mitchell* s'applique-t-il en Ontario?

Il y a deux raisons pour conclure que le *certiorari* de la loi de 1866 diffère du *certiorari* du common law. En premier lieu, l'article 5 ne traite que du *certiorari* pour les fins de l'examen du dossier. Tandis que le bref de *certiorari* ordinaire existe non seulement pour la vérification d'un dossier mais aussi pour annuler les décisions contraire à la loi, le *certiorari* de l'article 5 ne peut être utilisé pour annuler une décision. Le juge Krever discute de ce point, mais conclut que l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* vise toutes les espèces de *certiorari*, qu'ils tirent leur origine d'une loi ou non.<sup>57</sup>

Une deuxième distinction vient du fait que le bref de *certiorari* mentionné dans la loi de 1866 peut servir contre toute sorte de décisions. Selon l'article 5, le *certiorari* auxiliaire est permis dans tous les cas où il peut y avoir recours au bref d'*habeas corpus*. Dans l'affaire *Mitchell*, le juge Ritchie avait refusé la demande de *certiorari* auxiliaire en partie parce que la Commission nationale des libérations conditionnelles exerçait une fonction purement administrative.<sup>58</sup> Si l'on peut avoir recours au *certiorari* de l'article 5 contre les actes purement administratifs, il diffère évidemment du *certiorari* ordinaire.

On voit donc que le *certiorari* de l'article 5 n'est pas semblable au *certiorari* du common law et qu'il n'est pas nécessairement visé par la *Loi sur la Cour fédérale*.<sup>59</sup> En conséquence, le juge Krever avait tort lorsqu'il

<sup>56</sup>S.C. 1866, c. 45.

<sup>57</sup>Le juge en chef Laskin a soulevé cet argument dans sa dissidence dans l'affaire *Mitchell* à la page 578.

<sup>58</sup>*Ibid.*, à la page 593. Il est rappelé que le bref de *certiorari* ne peut être émis que contre les décisions judiciaires ou quasi-judiciaires.

<sup>59</sup>Il est aussi possible de soulever un argument d'interprétation législative. Étant donné que la loi de 1866 est une loi particulière qui autorise l'émission du bref de *certiorari*, tandis que la *Loi sur la Cour fédérale* est une loi générale postérieure qui semble contredire cette autorisation, il y a lieu d'invoquer la présomption *generalia specialibus non derogant*. Voir Driedger, *The Construction of Statutes* (1974) aux pages 174-186. Cependant, vu l'article 129 de l'A.A.N.B., il est douteux que cette présomption puisse s'appliquer en l'espèce.

s'estima obligé de refuser la demande auxiliaire de *certiorari* à cause de la décision dans l'affaire *Mitchell*. Même si elle porte atteinte à l'uniformité du droit fédéral, la loi de 1866 semble permettre un recours au bref de *certiorari* auxiliaire joint aux demandes d'*habeas corpus* en matière fédérale.<sup>60</sup>

Il y a lieu de se demander maintenant pourquoi M. Pereira avait joint une demande auxiliaire de *certiorari* à sa requête d'*habeas corpus*. Rappelons que la requête soulevait comme principal moyen que les autorités de l'immigration n'avaient pas considéré l'enquête du 29 mai 1974 comme la continuation de celle du mois de novembre précédent. M. Pereira alléguait que cette façon de procéder constituait un déni de justice et équivalait à une violation des règles de justice naturelle et à un abus de juridiction viciant la légalité de la détention. En d'autres termes, il prétendait que même si le mandat de dépôt paraissait régulier à sa face même, les procédures à la suite desquelles il avait été incarcéré étaient nulles. La faiblesse de cet argument, cependant, vient du fait que le bref d'*habeas corpus* ne peut être invoqué que contre les erreurs de juridiction apparentes au vu du mandat de dépôt. Un juge n'a aucune compétence, s'il s'agit d'une requête d'*habeas corpus simpliciter*, pour examiner la preuve introduite par déclaration sous serment ou autrement. C'est d'ailleurs la seule façon d'établir un manquement aux règles de justice naturelle.<sup>61</sup> Historiquement, c'est par voie d'une demande auxiliaire de *certiorari* que les erreurs non-apparentes à la lecture du mandat furent portées à la connaissance des tribunaux. M. Pereira avait donc procédé de manière à pouvoir soulever une illégalité non-apparente, la nature des procédures qui avaient eu lieu le 29 mai 1974. En principe, sans cette demande auxiliaire de *certiorari*, la Cour n'aurait eu compétence ni pour examiner ces procédures, ni pour casser la détention illégale.

Toutefois, en Ontario, un autre article de la loi de 1866 permet aux tribunaux d'examiner le dossier au delà du mandat de dépôt sans qu'il soit nécessaire de recourir à un bref de *certiorari*. L'article 3 stipule :

In all cases provided for by this Act, . . . it shall be lawful for the Court or for any judge before whom such writ shall be returnable to proceed to examine into the truth of the facts set forth in such return, by affidavit or by affirmation . . . and do therein as justice shall appertain . . .

Un tel article n'existe pas dans le droit manitobain (d'où venait l'affaire *Mitchell*) et ne fait partie que du droit de la Nouvelle-Écosse, du

<sup>60</sup>Wright, *supra*, note 50, suggère qu'un raisonnement semblable est valable quant à la Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick.

<sup>61</sup>*Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. à la page 595; Koroway, "Habeas Corpus in Ontario", (1975) 13 O.H.L.J. 149.

Nouveau-Brunswick et de l'Ontario.<sup>62</sup> Dans l'affaire *Ex parte Collins*,<sup>63</sup> après avoir mentionné l'article 3, le juge Henry concluait :

I am of the opinion that it is open to the Court to accept extrinsic evidence of facts, the existence or absence of which may have relevance in determining whether a statutory body is acting within the authority conferred on it by the statute.<sup>64</sup>

Il s'ensuit que même si la décision dans l'affaire *Mitchell* quant au recours de *certiorari* auxiliaire s'applique en Ontario, la loi de 1866 prévoit un moyen de soulever les faits sous-jacents au mandat de dépôt qui n'implique pas le bref de *certiorari*, et qui n'est pas affecté par l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. En effet, M. Pereira aurait pu plaider l'article 3 pour permettre au juge Krever d'examiner la véracité des faits allégués et de constater la prétendue violation des règles de justice naturelle.

La nature et la portée du bref d'*habeas corpus* en matière fédérale est extrêmement difficile à cerner.<sup>65</sup> Dans l'affaire *Pereira*, le juge Krever faisait face à trois difficultés particulières : l'existence de ce recours en matière d'expulsion, la question de *certiorari* auxiliaire et la portée du bref vu l'article 3 de la loi de 1866. A notre avis, il aurait pu disposer autrement de chacun de ces points : en d'autres termes, il aurait dû conclure que (i) face aux faits de l'affaire *Pereira*, le bref d'*habeas corpus* n'était pas recevable ; (ii) dans les autres domaines fédéraux, la loi ontarienne permet l'émission d'un bref de *certiorari* au soutien d'une requête d'*habeas corpus* nonobstant l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* ; et (iii) la loi de 1866 permet également une enquête par affidavit pour établir une violation des règles de justice naturelle.

## LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES TRIBUNAUX CRÉÉS SOUS L'EMPIRE DE L'ARTICLE 101 DE L'A.A.N.B.

Dans les parties précédentes de ce commentaire, on s'est penché sur les conclusions du juge Krever quant à deux points importants en litige dans l'affaire *Pereira*. Mais cette discussion n'a pas traité directement<sup>66</sup> d'un autre problème qui ressort de ce jugement, c'est-à-dire, dans quelle mesure les décisions des tribunaux fédéraux créés sous l'empire de

<sup>62</sup>Voir Wright, *supra*, note 50.

<sup>63</sup>(1976), 30 C.C.C. (2d) 460 (Ont. H.C.). Cette cause a été décidée après l'affaire *Mitchell*, mais avant l'affaire *Pereira*.

<sup>64</sup>*Ibid.*, à la page 465.

<sup>65</sup>Voir Mullan, *The Federal Court Act* (1977), à la page 73.

<sup>66</sup>Voir cependant le texte aux notes 36 à 49 qui traite des points connexes.

l'article 101 de l'A.A.N.B. sont soumises au contrôle judiciaire. Plus particulièrement, le Parlement fédéral peut-il mettre certains offices administratifs à l'abri du pouvoir de surveillance en déclarant qu'ils constituent une Cour selon les termes de l'article 101? Cette question ne s'est pas posée d'une façon directe dans l'affaire *Pereira* parce qu'à première vue, la décision remise en question était celle des autorités d'immigration lorsqu'elles refusèrent de considérer l'enquête du 29 mai comme la continuation de l'enquête du mois de novembre précédent. Mais en réalité, c'est une décision de la Commission d'appel de l'immigration qui était en question: le refus d'entendre l'appel faute de compétence, équivalait à décider qu'il n'y avait pas lieu de considérer si l'enquête du mois de mai était la suite de celle entreprise en novembre.<sup>67</sup> Donc, si la Cour suprême d'Ontario avait décidé que les prétentions de M. Pereira étaient bien fondées en droit, elle aurait décidé par le fait même que les tribunaux ontariens exercent un pouvoir de surveillance au moyen de l'*habeas corpus* non seulement sur les décisions des fonctionnaires de l'immigration, mais aussi sur celles de la Commission d'appel de l'immigration.<sup>68</sup>

Pour déterminer si les tribunaux provinciaux peuvent exercer une telle compétence, il est nécessaire de caractériser le statut juridique de la Commission. Selon les termes de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, cette Commission est dotée de plusieurs pouvoirs d'exception. L'article 7 dispose:

- (1) La Commission est une cour d'archives et doit avoir un sceau officiel dont il est judiciairement pris connaissance.
- (2) La Commission a, en ce qui concerne la présence, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, la production et l'examen des documents, l'exécution de ses ordonnances et autres questions nécessaires ou appropriées à l'exercice régulier de sa compétence, tous les pouvoirs, droits et privilèges conférés à une cour supérieure d'archives.<sup>69</sup>

Quel est l'effet de ces dispositions? Faut-il en conclure que la Commission est érigée en Cour supérieure d'archives, ou peut-on avancer qu'elle n'est dotée que de certains pouvoirs et attributs propres à ces cours?

Dans une décision au moins, *Tsantili c. M.M.I.*,<sup>70</sup> la Commission a statué qu'elle était une Cour supérieure d'archives, mais il existe une jurisprudence contradictoire sur ce point.<sup>71</sup> Si l'on compare l'article 7 de

<sup>67</sup>Sur la question de savoir si la décision est celle des fonctionnaires ou celle de la Commission, voir le récent arrêt *Harelkin c. University of Saskatchewan* (1979), 26 N.R. 364 (C.S.C.).

<sup>68</sup>*Supra*, note 47.

<sup>69</sup>S.R.C. 1970, c. 1-3, art. 7.

<sup>70</sup>(1968), 6 I.A.C. 80.

<sup>71</sup>*Supra*, note 44.

la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* avec l'article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il est clair que les pouvoirs de la Commission sont beaucoup plus restreints. L'article 3 prévoit:

Le tribunal de *common law*, d'*equity* et d'amirauté . . . est maintenu sous le nom de Cour fédérale du Canada . . . et demeure une cour supérieure d'archives ayant compétence en matière civile et pénale.<sup>72</sup>

Ces articles démontrent que la Commission n'est pas vraiment une Cour supérieure même si elle possède les "pouvoirs, droits et privilèges conférés à une Cour supérieure d'archives" quant aux "questions nécessaires ou appropriées à l'exercice régulier de sa compétence". Cependant un autre problème se pose: est-ce que les termes du paragraphe 7(2) excluent par implication le contrôle judiciaire de cette commission?

Les dispositions du paragraphe 7(2) confèrent à la Commission plusieurs privilèges et pouvoirs des Cours supérieures pour l'exercice de sa compétence. Parmi les attributs ordinaires d'une Cour supérieure se trouvent le pouvoir de condamner pour outrage au tribunal, le pouvoir d'émettre divers mandats de comparution, le pouvoir de rendre des jugements coercitifs, le pouvoir de ré-entendre un litige et le pouvoir de rendre des décisions qui ne peuvent être réformées que sur le fond.<sup>73</sup> C'est ce dernier aspect qui est important pour les fins du contrôle judiciaire. Si les décisions ne peuvent être réformées que sur le fond, elles ne peuvent être attaquées qu'au moyen d'un appel et sont à l'abri des recours extraordinaires.

Au cours des dernières années, plusieurs causes impliquant la Commission ont été portées devant la Cour fédérale. Mais jamais n'a-t-on donné jugement en vertu d'une autre disposition que l'article 27 ou 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'article 27, en conjonction avec l'article 22 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*,<sup>74</sup> permet un appel à la Cour d'appel fédérale sur toute question de droit ou de compétence. Plusieurs causes ont été portées devant la Cour en vertu de l'article 28.<sup>75</sup> Toutefois, vu les termes de cet article, "nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi", et étant donné que la Commission est une création de la loi, il est clair que ce recours de l'article 28 a préséance sur l'article de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* qui accorde à la Commission les pouvoirs d'une Cour supérieure. Autrement dit, vu les termes des articles 27 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, rien dans la jurisprudence ne permet de conclure que la Commission ne bénéficie pas d'une immunité à l'endroit des recours extraordinaires.

<sup>72</sup>S.R.C. 1970, (2me supp.) c. 10, art. 3.

<sup>73</sup>Voir Rubinstein, *Jurisdiction and Illegality* (1964).

<sup>74</sup>Tel que modifié par la *Loi sur la Cour fédérale*, Annexe II.

<sup>75</sup>Par exemple, *Re Lugano et M.M.I.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 625 (C.A. Fed.).



L'incidence de l'affaire *Pereira* à cet égard est évident. Si la Commission jouit du privilège d'exemption du contrôle judiciaire, ses décisions ne sont pas assujetties aux recours par voie de *certiorari*, de prohibition, de *mandamus*, d'injonction ou de jugement déclaratoire, bien qu'elles soient soumises au recours prévu par l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Quant au bref d'*habeas corpus*, la loi de 1866 stipule qu'il ne peut être émis à l'encontre d'une Cour supérieure, ou d'une

Court of Record, Court of Oyer and Terminer or General Gaol Delivery, or Court of General Quarter Sessions of the Peace.<sup>76</sup>

Il en résulte que ni la Cour suprême de l'Ontario, ni la Cour fédérale division de première instance, n'a compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* si la détention est ordonnée par la Commission d'appel de l'immigration. Dans l'affaire *Pereira*, le seul motif d'illégalité venait d'une question de justice naturelle qui aurait eu pour effet d'impliquer la compétence de la Commission; lorsque la Commission a conclu qu'elle n'avait pas compétence, cette conclusion signifiait qu'il n'y avait pas d'atteinte aux règles de justice naturelle et conséquemment que la détention était valide. Permettre à un juge de la Cour suprême de l'Ontario de décider autrement serait permettre à un juge en chambre de renverser le jugement d'un tribunal doté des pouvoirs d'une Cour supérieure. Donc, si on considère que la détention découle d'une décision de la Commission d'appel, le juge Krever n'avait aucune compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* dans l'affaire *Pereira*.

## Conclusion

Les auteurs s'accordent pour dire que le droit en matière d'*habeas corpus* est extrêmement complexe. Au Canada, cette difficulté est aggravée en matière fédérale par les termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. De plus, les clauses privatives comme l'article 22 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* créent d'autres problèmes. Finalement, l'exercice par le Parlement fédéral de son pouvoir d'établir de nouvelles cours supérieures complique énormément ce domaine du droit administratif. Passons maintenant à un sommaire de nos conclusions.

Dans l'affaire *Pereira*, le juge Krever a refusé la requête d'*habeas corpus* pour le motif que l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* supprime le *certiorari* auxiliaire, lequel était nécessaire pour soulever l'illégalité de la détention. Nous partageons cette conclusion du juge mais pour des motifs différents: si la décision qui a abouti à la détention est considérée comme celle d'un fonctionnaire de l'immigration, nous préférons suivre l'arrêt *Pringle* et nier que la Cour suprême d'Ontario a compétence pour émettre un bref d'*habeas corpus* en matière d'expulsion;

<sup>76</sup>S.C. 1866, c. 45. Voir également, *In re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140.

si la décision est considérée comme celle de la Commission d'appel, nous soutenons que l'article 7 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, qui accorde à cette Commission certains droits et privilèges des Cours supérieures, a pour effet de l'exempter du contrôle judiciaire. Dans l'un ou l'autre cas, la Cour suprême d'Ontario n'avait aucune compétence pour émettre ce bref dans l'affaire *Pereira*.

Quant aux motifs offerts par le juge Krever pour refuser d'examiner le dossier relatif à la détention, il nous est nécessaire de les rejeter. Nous sommes convaincus que l'article 5 de la loi de 1866, qui permet la jonction d'une demande de certiorari et d'une requête d'*habeas corpus*, n'est affecté ni par l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ni par l'arrêt *Mitchell*. De plus, l'article 3 de la loi de 1866 permet aux Cours d'examiner le dossier sur une requête en *habeas corpus simpliciter*. Pour ces deux raisons, nous croyons que dans les cas appropriés en matière fédérale en Ontario, un examen du dossier est permis et les atteintes aux règles de justice naturelle peuvent être invoquées.

En ce qui concerne la prétention qu'il y a eu violation de ces règles, bien que nous ne partagions pas la perspective conservatrice des Cours canadiennes, nous acceptons que selon la doctrine majoritaire, les règles de justice naturelle n'imposent aucune obligation d'accorder aux individus le droit aux procédures les plus avantageuses. En revanche, nous soutenons que devant les faits de l'affaire *Pereira*, il y a lieu d'appliquer la notion d'équité administrative pour obliger les autorités à suspendre les procédures d'expulsion lorsqu'il y a une requête en vertu de l'article 19 de la *Loi sur l'immigration* toujours en cours.

L'affaire *Pereira* constitue un bel exemple d'un des traits saillants du processus judiciaire du *common law*. Dans cette cause, la Cour a été appelée à statuer sur des exceptions préliminaires touchant sa compétence, ainsi que sur des points touchant le fond du litige. Il était clair, au moment de la décision, que les questions préliminaires soulevaient beaucoup plus de difficulté que le problème au fond. En conséquence, prévoyant le cas où une Cour d'appel ne partagerait pas ses conclusions sur la question de compétence, le juge statua sur le fond. La Cour d'appel exprima des doutes sur la question de compétence, mais ayant approuvé la décision sur le fond, elle refusa de discuter ou de corriger les conclusions du juge de première instance sur la question de compétence. Il s'ensuit que des opinions douteuses entrent dans la jurisprudence sans commentaire.

Les rapports entre des questions préliminaires de compétence et des questions de fond assument une importance accrue dans le domaine du droit administratif. Parce que la loi qui crée un tribunal administratif ne lui confère qu'une compétence limitée, des questions préliminaires de compétence se posent dans presque tous les litiges. Si ces questions ne sont pas discutées en appel, lorsque, par suite d'une législation

nouvelle ou d'un jugement postérieur, on serait amené à renverser ou à modifier la disposition d'une affaire semblable sur le fond, on sera en présence d'une jurisprudence confuse et contradictoire. En conséquence, chaque fois qu'on trouve une allusion à un jugement d'appel en droit administratif, il est nécessaire de se demander dans quelle mesure la Cour a ignoré les questions préliminaires à cause de ses conclusions sur le fond, et dans quelle mesure ces conclusions préliminaires sont valables. Dans l'affaire *Pereira*, par exemple, sans cet examen critique il est facile de conclure que l'opinion du juge Krever quant à sa compétence a reçu l'appui de la Cour d'appel. Sans cet examen, on pourrait penser que le jugement dans l'affaire *Pereira* a définitivement réglé toutes les questions quant à la nature et l'étendue du bref d'*habeas corpus* en matière fédérale, et quant au pouvoir de surveillance des décisions de la Commission d'appel de l'immigration. Sans cet examen, un des caractères notables du processus judiciaire du *common law* est faussé: le fait que la *ratio decidendi* d'une cause n'est jamais fixe, mais est toujours susceptible d'évoluer par suite d'un arrêt ultérieur ou d'une nouvelle loi.

**RODERICK A. MACDONALD\***

---

\*LL.B. (Osgoode), LL.L. (Ottawa), LL.M. (Toronto). Professeur-associé, Faculté de droit, Université McGill, Montréal.