

T-1779-77

T-1779-77

Iris Motayne McDoom (Applicant)

v.

Minister of Manpower and Immigration (Respondent)

Trial Division, Walsh J.—Toronto, June 6; Ottawa, June 10, 1977.

Immigration — Prerogative writs — Nomination of two sons for admission to Canada — Retroactive application of regulation — One application rejected because no provision for permanent admission of student — Mandamus sought — Consideration of other application delayed — Regulations changed in interval — Rejection based on new Regulations — Certiorari and mandamus sought — Rule 474 application to determine point of law re retroactivity of regulation.

The applicant nominated her two sons for permanent admission to Canada. The application of Gregory, a student, was never assessed because there was no provision for dealing with students as permanent residents. Anthony's application was considered only after a lengthy delay and then under more stringent Regulations that had come into force in the interval following the application date. The applicant applies for a writ of *certiorari* quashing the decision rejecting Anthony's application, and writs of *mandamus* requiring both applications be processed under the law in force when the applications were made. A determination under Rule 474 that the applications be processed under the law in effect at the time of the application is also sought.

Held, the applications are allowed. The applicant has an accrued right to have these applications considered and dealt with on their merits on the basis of the Regulations in effect at the date these applications were accepted and forwarded for evaluation, and whatever the cause in making these evaluations, they cannot be prejudiced by giving retroactive effect to the new and additional requirement subsequently being made part of the Regulations. It is not necessary to decide the question of non-retroactivity of the new regulation as a question of law since the decision to this effect is implicit in the finding that *mandamus* should issue to consider the applications on the basis of the Regulations as they existed at the date the applications were made. It is also implicit in this finding that the adverse decision in connection with Anthony's application must of necessity be quashed.

APPLICATION.

COUNSEL:

P. Stott and C. Hoppe for applicant.
G. R. Garton for respondent.

Iris Motayne McDoom (Requérante)

c.

Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration (Intimé)

Division de première instance, le juge Walsh — Toronto, le 6 juin; Ottawa, le 10 juin 1977.

Immigration — Brefs de prérogative — Désignation de deux fils en vue de leur admission au Canada — Application rétroactive d'un règlement — Rejet d'une demande parce qu'aucune disposition ne permet de traiter les étudiants comme des résidents permanents — Demande de mandamus — Examen de l'autre demande remis à plus tard — Modification du Règlement dans l'intervalle — Rejet de la demande sur le fondement du nouveau règlement — Demande de certiorari et de mandamus — Demande en vertu de la Règle 474 pour faire trancher une question de droit, à savoir la rétroactivité d'un règlement.

La requérante a désigné ses deux fils en vue de leur admission au Canada pour résidence permanente. La demande de Gregory, étudiant, n'a jamais été appréciée parce qu'aucune disposition ne permet de traiter les étudiants comme des résidents permanents. La demande d'Anthony n'a été examinée qu'après un long délai, mais sous le régime d'un règlement plus restrictif mis en vigueur après le dépôt de la demande. La requérante cherche à obtenir un bref de *certiorari* en vue d'annuler la décision rejetant la demande d'Anthony, et des brefs de *mandamus* requérant le traitement des deux demandes sous le régime de la loi en vigueur lors de la présentation desdites demandes. Elle cherche également à obtenir une déclaration, rendue sous le régime de la Règle 474, portant que les demandes doivent être traitées sous le régime de la loi en vigueur au moment de leur présentation.

Arrêt: les demandes sont accueillies. La requérante a un droit acquis à exiger leur examen approfondi sur le fondement du Règlement en vigueur à la date où elles ont été acceptées et envoyées aux fins d'appréciation, et quelle que soit la cause du retard apporté à cet examen, elles ne peuvent pas subir le contrecoup défavorable qu'entraînerait la rétroactivité des nouvelles exigences incorporées ultérieurement dans le Règlement. Il n'est pas nécessaire de trancher la question de la non-rétroactivité du nouveau règlement en tant que question de droit, puisque la décision à cet effet est implicite dans la conclusion selon laquelle un bref de *mandamus* doit être émis pour examiner les demandes sur le fondement du Règlement en vigueur à la date où elles ont été présentées. Il en ressort implicitement que la décision contraire afférente à la demande relative à Anthony doit être nécessairement annulée.

DEMANDE.

AVOCATS:

P. Stott et C. Hoppe pour la requérante.
G. R. Garton pour l'intimé.

SOLICITORS:

Duggan, Hoppe, Niman & Stott, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent. a

The following are the reasons for judgment rendered in English by

WALSH J.: This is an application for a writ of *certiorari* to quash the decision of the Department of Manpower and Immigration refusing the nomination of Anthony Motayne and for a writ of *mandamus* requiring the respondent to process the application to nominate him pursuant to section 33 of the *Immigration Regulations*, P.C. 1962-86, as it read on the 30th day of October, 1973. The motion also asks for a determination of a question of law pursuant to Rule 474 of the *Federal Court Rules* that the said Anthony Motayne is to be assessed under the provisions of section 33 of the *Immigration Regulations*, P.C. 1962-86, as it read at the time the nomination was made by the applicant. An identical application was made in record No. T-1783-77 relating to her nomination of Gregory Motayne save that in that case no *certiorari* is sought, the application not having been dealt with. The same legal arguments apply in both cases the only difference in the facts being that at the time the nomination was made by applicant, Iris Motayne McDoom, the mother of both Anthony and Gregory Motayne, Gregory was still a student attending university in the United States and his point total pursuant to section 33 of the Regulations was never assessed, the application for permanent admission to Canada being rejected on the basis that he planned to pursue his studies in Canada and there was no provision for dealing with students as permanent residents. In the case of Anthony, his application was originally cancelled because of his failure to keep various appointments with the Manpower and Immigration Section of the Canadian Consulate General in New York due to a United States I-94 Form which they required having been lost. This information appears from a letter written by L. D. Carroll, Consul, Manpower and Immigration, to applicant's attorney on October 17, 1975, and annexed to the affidavit of applicant accompanying the motion in Record T-1783-77 as an exhib-

PROCUREURS:

Duggan, Hoppe, Niman & Stott, Toronto, pour la requérante.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE WALSH: Il s'agit ici d'une demande visant à obtenir un bref de *certiorari* en vue d'annuler une décision du ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration refusant la désignation d'Anthony Motayne, et un bref de *mandamus* requérant l'intimé de donner suite à la demande de désignation au titre de l'article 33 du *Règlement sur l'immigration*, C.P. 1962-86, dans sa version en vigueur le 30 octobre 1973. On demande aussi qu'il soit statué sur un point de droit au titre de la Règle 474 de la Cour fédérale, à savoir que ledit Anthony Motayne soit apprécié en vertu dudit article 33 en vigueur à la date où la requérante a procédé à la désignation. Ladite requérante a présenté une demande identique portant le n° du greffe T-1783-77, où elle désigne Gregory Motayne, mais ne réclame aucun bref de *certiorari*, la demande n'ayant pas été instruite. Les mêmes arguments s'appliquent aux deux actions, car les faits sont identiques si ce n'est qu'à la date où la requérante, Iris Motayne McDoom, mère d'Anthony et de Gregory Motayne, a procédé à la désignation, Gregory était encore étudiant dans une université des États-Unis. Son total de points au titre de l'article 33 du Règlement n'a donc jamais été calculé, sa demande d'admission au Canada aux fins de résidence permanente ayant été rejetée au motif qu'il projetait de poursuivre ses études ici et qu'aucune disposition ne permet de traiter les étudiants comme des résidents permanents. Dans le cas d'Anthony, sa requête a été d'abord annulée parce qu'il avait négligé de se rendre à plusieurs convocations de la section de la Main-d'œuvre et de l'Immigration du Consulat général du Canada à New York, par suite de la perte de la formule américaine I-94 requise. Ces renseignements ressortent d'une lettre écrite par L. D. Carroll, consul, Main-d'œuvre et Immigration, au procureur de la requérante, le 17 octobre 1975, annexée à l'affidavit produit par la requérante et accompagnant la demande T-1783-77. En temps

it. In due course he was finally interviewed on February 2, 1976, and scored 55 units, but was refused pursuant to February 22, 1974, amendments to the Regulations, because he was in an occupation with a demand of zero. This information appears from a letter dated April 13, 1976, from Mr. Carroll to applicant's counsel, annexed as an exhibit to her affidavit accompanying the present motion.

In both applications the affidavit sets forth that applicant and her husband were granted landed immigrant status in Canada on July 3, 1973, and that on October 30, 1973, she attended at the Canada Immigration Centre, 480 University Avenue, Toronto, to nominate each of her said sons for permanent residence in Canada. Anthony at that time was 25 years of age and Gregory 23, both residing in New York. In each case she was examined to determine whether she was eligible to nominate her said sons and at the conclusion of the examination was advised that the nomination was accepted for forwarding to the Canadian Consul General in New York City for processing. The nomination of Anthony was assigned File No. 369981 and that of Gregory 335655. None of this is disputed, nor is the fact that following the rejection of each of the nominations she retained counsel to obtain explanations of the reasons for this, which information was obtained by the letters referred to above. She sets out subsequent efforts made to obtain a reconsideration of the nominations with Immigration Department Headquarters, The Canadian Consul for Manpower and Immigration in New York, and through Immigration consultants with the Chief of the Foreign Service Branch of the Department of Manpower and Immigration, all of which efforts were unsuccessful.

The issue arises as a result of an amendment to the Regulations made on February 22, 1974. Regulation 33 as it read on October 30, 1973, when applicant nominated her sons for permanent residence in Canada was set out in SOR/67-434 and read as follows:

33. (1) Subject to this section, any person residing in Canada who is a Canadian citizen or a person lawfully admitted to Canada for permanent residence may nominate for admission to Canada for permanent residence any of the following individuals (hereinafter referred to as a "nominated

opportun, Anthony Motayne a été finalement interrogé le 2 février 1976. Il lui a été attribué 55 points, mais sa demande a été refusée conformément aux modifications du Règlement en date du 22 février 1974, parce qu'il y avait pénurie d'emplois dans sa profession. Ce renseignement figure dans une lettre du 13 avril 1976, adressée par M. Carroll à l'avocat de la requérante et annexée à son affidavit joint à la présente demande.

a Dans les deux demandes, l'affidavit déclare que la requérante et son mari se sont vus octroyer le statut d'immigrants reçus au Canada, le 3 juillet 1973, et que le 30 octobre 1973, la requérante s'est rendue au Centre d'immigration du Canada, 480, University Avenue à Toronto, pour désigner ses deux fils aux fins de résidence permanente. A l'époque, Anthony avait 25 ans et Gregory, 23; tous deux résidaient dans la ville de New York.

c Dans les deux cas, la requérante a été interrogée pour déterminer si elle était bien admissible à désigner ses fils et, à la fin de l'examen, on l'a avisée que la désignation était acceptée et allait être envoyée au Consulat général du Canada à New York pour suite à donner. La désignation d'Anthony correspond à la fiche n° 369981 et celle de Gregory, à la fiche 335655. Rien de cela n'est contesté ni le fait qu'à la suite du rejet des deux désignations elle a recouru aux services d'un avocat pour se faire expliquer les motifs dudit rejet, renseignements qu'elle a obtenus dans les lettres susmentionnées. Elle s'est ensuite efforcée d'obtenir une révision de la décision auprès du ministère de l'Immigration, de la section de la Main-d'œuvre et de l'Immigration du Consulat du Canada à New York et par l'entremise de conseillers en immigration, auprès du Directeur du Service étranger du ministère susdit; tous ces efforts ont été vains.

e Le point litigieux provient d'une modification au Règlement, introduite le 22 février 1974. L'article 33 d'icelui, dans sa version en vigueur le 30 octobre 1973, date à laquelle la requérante a désigné ses fils aux fins de résidence permanente au Canada, est énoncé dans le DORS/67-434. En voici les termes:

g 33. (1) Sous réserve du présent article, toute personne qui réside au Canada et est citoyen canadien ou a été légalement admise au Canada en vue d'y résider en permanence peut désigner, pour son admission au Canada en vue d'y résider en permanence, l'une ou l'autre des personnes suivantes (ci-après

relative”) including any accompanying immediate family of that individual:

- (a) any son or daughter of that person twenty-one years of age or over;
- (b) any married son or daughter of that person under twenty-one years of age;
- (c) any brother or sister of that person;
- (d) the father, mother, grandfather or grandmother of that person under sixty years of age; and
- (e) any nephew, niece, uncle, aunt, grandson or granddaughter of that person.

(2) A nominated relative and his immediate family may be granted admission to Canada for permanent residence if

- (a) he and his immediate family comply with the requirements of the Act and these Regulations; and
- (b) the person nominating him has met the requirements of subsection (4) and an order of deportation has not been made against that person.

(3) In assessing a nominated relative for admission to Canada for permanent residence, an immigration or visa officer shall assess that person or the head of his immediate family if he is not the head on the following factors in accordance with the norms set out in Schedule B:

- (a) his education and training;
- (b) his personal qualities;
- (c) the demand in Canada for the occupation in which he is likely to be employed;
- (d) the level of his occupational skill; and
- (e) his age.

(4) Every person nominating a nominated relative for admission to Canada for permanent residence shall

(a) undertake to provide for a period of five years any necessary care and maintenance from his own resources for the nominated relative and his immediate family in accordance with standards prescribed by the Minister;

(b) have carried out the responsibilities with respect to any previous application for the admission to Canada of any person for permanent residence;

(c) be willing and able to undertake to advise, counsel and assist the nominated relative in fulfilling his responsibilities as a resident of Canada; and

(d) make the nomination in the form prescribed by the Minister.

(5) Notwithstanding subsection (3), an immigration or visa officer may

- (a) approve the admission of a nominated relative who does not meet the norms set out in Schedule B; or
- (b) refuse admission of a nominated relative who meets the norms set out in Schedule B;

if in his opinion there are good reasons why those norms do not reflect the particular nominated relative's chances of establishing himself successfully in Canada and those reasons have been

appelées «parent désigné»), ainsi que l'un des membres de la famille immédiate de cette personne qui l'accompagne:

a) tout fils ou fille de cette personne, de 21 ans ou plus;

a b) tout fils marié ou fille mariée de cette personne, de moins de 21 ans;

c) tout frère ou sœur de cette personne;

d) le père, la mère, le grand-père ou la grand-mère de cette personne, de moins de 60 ans, et

b e) tout neveu, nièce, oncle, tante, petit-fils ou petite-fille de cette personne.

(2) L'admission au Canada en vue d'y résider en permanence peut être accordée à un parent désigné et aux membres de sa famille immédiate

a) si lui-même et les membres de sa famille immédiate satisfont aux exigences de la Loi et du présent Règlement; et

c b) si la personne qui l'a désigné a satisfait aux exigences du paragraphe (4) et si aucune ordonnance d'expulsion n'a été rendue contre cette personne.

d (3) En établissant l'admissibilité d'un parent désigné en vue de son admission au Canada pour y résider en permanence, un fonctionnaire à l'immigration ou un préposé aux visas doit apprécier cette personne ou le chef de sa famille immédiate si elle n'en est pas elle-même le chef, en se fondant sur les facteurs suivants conformément aux normes énoncées à l'Annexe B:

a) son instruction et sa formation;

e b) ses qualités personnelles;

c) la demande qui existe au Canada dans le secteur professionnel où elle sera vraisemblablement employée;

d) le degré de son habileté professionnelle; et

e) son âge.

f (4) Quiconque nomme un parent désigné en vue de son admission au Canada pour y résider en permanence doit

a) s'engager à fournir pendant une période de 5 ans, en puisant sur ses propres ressources, les soins et l'entretien nécessaires du parent désigné et des membres de sa famille immédiate conformément aux normes prescrites par le Ministre;

g b) s'être acquitté des responsabilités découlant de toute demande antérieure visant l'admission au Canada d'une personne quelconque en vue d'y résider en permanence;

h c) avoir à la fois la volonté et le pouvoir de s'engager à conseiller, guider et aider le parent désigné dans l'accomplissement des devoirs que lui impose sa qualité de résident du Canada; et

d) faire la désignation selon la formule prescrite par le Ministre.

i (5) Nonobstant le paragraphe (3), un fonctionnaire à l'immigration ou un préposé aux visas peut

a) approuver l'admission d'un parent désigné qui ne satisfait pas aux normes énoncées à l'Annexe B, ou

b) refuser l'admission d'un parent désigné qui satisfait aux normes indiquées à l'Annexe B,

j si, à son avis, il existe des raisons valables pour lesquelles ces normes ne reflètent pas les chances de ce parent désigné de réussir à s'établir lui-même au Canada et si ces raisons ont été

submitted in writing to, and approved by, an officer of the Department designated by the Minister.

However, subsections (1) and (2) of Regulation 33 were revoked and new sections substituted therefor on February 22, 1974, by SOR/74-113 which reads as follows:

2. (1) All that portion of subsection 33(1) of the said Regulations preceding paragraph (a) thereof is revoked and the following substituted therefor:

“33. (1) Subject to this section, any person residing in Canada who is a Canadian citizen or a person lawfully admitted to Canada for permanent residence and has reached the full age of eighteen years, may nominate for admission to Canada for permanent residence any of the following individuals (hereinafter referred to as a “nominated relative”), including any accompanying immediate family of that individual:”

(2) Subsection 33(2) of the said Regulations is revoked and the following substituted therefor:

“(2) A nominated relative and his immediate family may be granted admission to Canada for permanent residence if

(a) he and his immediate family comply with the requirements of the Act and these Regulations;

(b) the person nominating him has met the requirements of subsection (4) and a deportation order has not been made against that person or, if such an order has been made,

(i) an appeal from the order has been allowed,

(ii) the order has been quashed, or

(iii) the person has been readmitted to Canada as a landed immigrant by virtue of ministerial authority pursuant to section 35 of the Act; and

(c) he achieves at least one unit of assessment for occupational demand or has arranged employment or a designated occupation for which he would have achieved 10 units of assessment if he had been examined as an independent applicant.”

The key change is that whereas prior to that date one of the requirements was that on the basis of norms set out in Schedule B a nominated son would require 25 units of assessment (Schedule B, section 2(1)(b)) whereas following the amendment in addition to this by paragraph (2)(c) he must achieve at least one unit of assessment for occupational demand or have arranged employment or a designated occupation for which he would have achieved 10 units of assessment if he had been examined as an independent applicant. In the case of Anthony, although he was assessed at 55 units, he was refused on the basis of there being a zero occupational demand, and in the case of Gregory, although the file has been destroyed, it appears a reasonable inference from the reasons given for his

soumises par écrit à un fonctionnaire du ministère qu'a désigné le Ministre et ont reçu l'approbation de ce fonctionnaire.

Toutefois, les paragraphes (1) et (2) dudit article 33 ont été abrogés et remplacés par DORS/74-113, le 22 février 1974, par de nouvelles clauses dont voici le libellé:

2. (1) Au paragraphe 33(1) dudit règlement, la partie qui précède l'alinéa a) est abrogée et remplacée par ce qui suit:

«33. (1) Sous réserve du présent article, toute personne qui réside au Canada, qui est un citoyen canadien ou qui a été légalement admise au Canada aux fins de résidence permanente et qui a dix-huit ans révolus peut désigner, en vue de son admission au Canada pour résidence permanente, l'une ou l'autre des personnes suivantes (ci-après appelée «parent désigné»), y compris les membres de la famille immédiate de cette personne qui l'accompagnent:»

(2) Le paragraphe 33(2) dudit règlement est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«(2) L'admission au Canada aux fins de résidence permanente peut être accordée à un parent désigné et aux membres de sa famille immédiate

a) si lui-même et les membres de sa famille immédiate satisfont aux exigences de la Loi et du présent règlement;

b) si la personne qui l'a désigné a satisfait aux exigences du paragraphe (4) et si aucune ordonnance d'expulsion n'a été rendue contre cette personne ou si, dans le cas où une telle ordonnance a été rendue,

(i) un appel de l'ordonnance a été accueilli

(ii) l'ordonnance a été annulée, ou si

(iii) la personne a été admise de nouveau au Canada au titre d'immigrant reçu en vertu d'une autorisation du Ministre, conformément à l'article 35 de la Loi; et

c) s'il obtient au moment de son appréciation, au moins un point au titre des offres d'emplois dans sa profession ou s'il a un emploi réservé ou désigné qui lui aurait valu dix points s'il avait été examiné à titre de requérant indépendant.»

Le principal changement est le suivant: avant cette date, on exigeait, selon les normes énoncées dans l'annexe B, qu'un fils désigné obtienne une appréciation de 25 points (annexe B, article 2(1)(b)); depuis la modification, il doit en outre en vertu de l'alinéa (2)c), obtenir au moins un point d'appréciation par demande d'emploi dans sa profession ou avoir un emploi réservé ou désigné, qui lui aurait valu 10 points s'il avait été examiné à titre de requérant indépendant. Dans le cas d'Anthony, bien que son appréciation soit de 55 points, il a été refusé au motif qu'il n'y avait aucun emploi dans sa profession. Quant à Gregory, sa fiche a été perdue; il semble néanmoins raisonnable de déduire des motifs donnés que son refus repose également sur une absence totale d'offres d'emploi

refusal that this also was done on the basis of zero occupational demand since he was a student and therefore not coming to Canada to work. The reason given that he could not be assessed because there is no provision for dealing with students as permanent residents does not appear in these terms anywhere in the Act or Regulations and would not by itself therefore be a valid ground for refusing to assess him.

It is therefore necessary to decide whether the amendment to the Regulations had a retroactive effect so as to apply to the nominations made by applicant for each son on October 30, 1973, and change the basis on which they would be considered.

Reference might be made to the *Interpretation Act*¹ and in particular to sections 35(b),(c) and (e) and 36(c) and (d) thereof which read as follows:

35. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

(b) affect the previous operation of the enactment so repealed or anything duly done or suffered thereunder;

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed;

(e) affect any investigation, legal proceeding or remedy in respect of any such right, privilege, obligation, liability, penalty, forfeiture or punishment;

and an investigation, legal proceeding or remedy as described in paragraph (e) may be instituted, continued or enforced, and the penalty, forfeiture or punishment may be imposed as if the enactment had not been so repealed.

36. Where an enactment (in this section called the "former enactment") is repealed and another enactment (in this section called the "new enactment") is substituted therefor,

(c) every proceeding taken under the former enactment shall be taken up and continued under and in conformity with the new enactment so far as it may be done consistently with the new enactment;

(d) the procedure established by the new enactment shall be followed as far as it can be adapted thereto in the recovery or enforcement of penalties and forfeitures incurred, and in the enforcement of rights, existing or accruing under the former enactment or in a proceeding in relation to matters that have happened before the repeal;

In subsection 2(1) "enactment" is defined as meaning "an Act or regulation or any portion of an Act or regulation".

¹ R.S.C. 1970, c. I-23.

dans sa profession, vu qu'il est étudiant et ne vient donc pas au Canada pour travailler. La raison invoquée, c'est-à-dire qu'il ne peut pas être apprécié parce qu'aucune disposition ne permet de traiter les étudiants comme des résidents permanents, ne s'appuie sur aucune clause expresse de la Loi; elle n'est donc pas en soi un motif valable pour refuser de procéder à une appréciation.

Il faut donc établir si la modification du Règlement a un effet rétroactif qui permette de l'appliquer aux désignations auxquelles la requérante a procédé, le 30 octobre 1973, pour chacun de ses fils, et change la base sur laquelle elles sont examinées.

On peut se référer ici à la *Loi d'interprétation*¹ et en particulier à ses articles 35(b),(c),(e) et 36(c) et (d), dont voici le libellé:

35. Lorsqu'un texte législatif est abrogé en tout ou en partie, l'abrogation

b) n'atteint ni l'application antérieure du texte législatif ainsi abrogé ni une chose dûment faite ou subie sous son régime;

c) n'a pas d'effet sur quelque droit, privilège, obligation ou responsabilité acquis, né, naissant ou encouru sous le régime du texte législatif ainsi abrogé;

e) n'a pas d'effet sur une enquête, une procédure judiciaire ou un recours concernant de semblables droit, privilège, obligation, responsabilité, peine, confiscation ou punition;

et une enquête, une procédure judiciaire ou un recours prévu à l'alinéa e) peut être commencé, continué ou mis à exécution, et la peine, la confiscation ou la punition peut être infligée comme si le texte législatif n'avait pas été ainsi abrogé.

36. Lorsqu'un texte législatif (au présent article appelé «texte antérieur») est abrogé et qu'un autre texte législatif (au présent article appelé «nouveau texte») y est substitué,

c) toutes les procédures prises aux termes du texte antérieur sont reprises et continuées aux termes et en conformité du nouveau texte, dans la mesure où la chose peut se faire conformément à ce dernier;

d) la procédure établie par le nouveau texte doit être suivie, autant qu'elle peut y être adaptée, dans le recouvrement ou l'imposition des peines et confiscations encourues et pour faire valoir des droits existant ou naissant aux termes du texte antérieur, ou dans toute procédure concernant des choses survenues avant l'abrogation;

Dans le paragraphe 2(1), «texte législatif» est défini comme signifiant «une loi ou un règlement ou toute partie d'une loi ou d'un règlement».

¹ S.R.C. 1970, c. I-23.

The wording of the amending Order in Council makes it clear that subsections (1) and (2) of Regulation 33 were not merely repealed but were revoked with new subsections substituted therefor. In the case of *Bell Canada v. Palmer*² in the Federal Court of Appeal, Thurlow J. as he then was, in rendering the judgment of the Court had occasion at page 5 to deal with the argument that section 35 applies only when there is a simple repeal and that where there is a repeal and substitution section 36 is applicable. He states [at page 190]:

Counsel was unable to give us any authority for this proposition and with respect I do not agree with it.

Discussing the Privy Council judgment in the case of *Director of Public Works v. Ho Po Sang*³ he distinguishes it stating at page 192:

Here in my opinion the situation is different. At the material time the complainants as female employees of the appellant in my view had an accrued right to equal pay as provided by the statute which is what they sought to enforce and by making their complaint in writing to the Minister they had taken the only step in the procedure required to be taken by them to entitle them to have the procedure of section 6 carried to its conclusion.

He then quotes at pages 192-193, the judgment of Lord Morris at page 922 of the *Ho Po Sang* case as follows:

It is to be observed that under section 10(e) a repeal is not to affect any investigation, legal proceeding or remedy "in respect of any such right." The right referred to is the right mentioned in section 10(c), i.e., a right acquired or accrued under a repealed enactment. This part of the provisions in paragraph (e) of section 10 does not and cannot operate unless there is a right as contemplated in paragraph (c). It may be, therefore, that under some repealed enactment a right has been given but that in respect of it some investigation or legal proceeding is necessary. The right is then unaffected and preserved. It will be preserved even if a process of quantification is necessary. But there is a manifest distinction between an investigation in respect of a right and an investigation which is to decide whether some right should or should not be given. Upon a repeal the former is preserved by the Interpretation Act. The latter is not. Their Lordships agree with the observation of Blair-Kerr J. that: "It is one thing to invoke a law for the adjudication of rights which have already accrued prior to the repeal of that law; it is quite another matter to say that, irrespective of whether any rights exist at the date of the repeal, if any procedural step is taken prior to the repeal, then, even after the repeal the applicant is entitled to have that procedure continued in order to determine whether he shall be given a

Les termes de l'arrêté en conseil modificateur indiquent clairement que les paragraphes (1) et (2) de l'article 33 n'ont pas été simplement abrogés, mais remplacés. Dans *Bell Canada c. Palmer*², le juge Thurlow (c'était son titre alors) de la Cour d'appel fédérale, prononçant le jugement au nom de la Cour, fait état à la page 5, de l'argument selon lequel l'article 35 s'applique lorsqu'il y a simplement abrogation et l'article 36, lorsqu'il y a abrogation et remplacement. Il déclare [à la page 190]:

L'avocat n'a pas pu nous fournir de jurisprudence en ce sens et, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec lui.

Il commente ensuite le jugement rendu par le Conseil privé dans *Director of Public Works c. Ho Po Sang*³ et établit une distinction avec l'affaire précédente. Il déclare à la page 192:

Ici, à mon avis, la situation est différente. Au moment en cause, les plaignantes avaient, à titre d'employées de l'appelante, un droit acquis à un salaire égal en conformité des dispositions législatives, droit qu'elles ont cherché à faire respecter, et, en présentant une plainte écrite au Ministre, elles ont rempli la seule formalité de procédure qu'elles étaient tenues de remplir pour que la procédure prévue à l'article 6 soit menée à terme.

Il cite alors aux pages 192-193 les motifs de lord Morris, énoncés à la page 922 du jugement *Ho Po Sang*:

[TRADUCTION] Il convient de noter qu'en vertu de l'article 10(e) une abrogation ne doit pas avoir d'effet sur une enquête, une procédure judiciaire ou un recours «concernant de semblables droits». Le droit visé est le droit mentionné à l'article 10(c), c'est-à-dire un droit acquis ou né en vertu d'un texte législatif abrogé. Cette partie des dispositions de l'alinéa e) de l'article 10 ne s'applique pas et ne peut pas s'appliquer à moins qu'il n'y ait un droit tel que celui prévu à l'alinéa c). Il se peut par conséquent qu'en vertu d'un certain texte législatif abrogé un droit ait été accordé, mais qu'en ce qui le concerne, une enquête ou une certaine procédure judiciaire soit nécessaire. Le droit n'est alors pas touché et il est garanti. Il sera garanti même si l'on doit faire le nécessaire pour en fixer le quantum. Mais il y a une nette distinction entre une enquête portant sur un droit et une enquête destinée à décider si un certain droit doit ou non être accordé. Dans le premier cas, lors de l'abrogation, le droit est garanti par la Loi d'interprétation. Dans le deuxième cas il ne l'est pas. Leurs Seigneuries sont d'accord avec la remarque du juge Blair-Kerr qui déclare: «C'est une chose que d'invoquer une loi pour l'attribution de droits qui étaient déjà nés avant l'abrogation de cette loi; c'est une toute autre chose que d'affirmer que, sans avoir égard au fait qu'il existe ou non des droits au moment de l'abrogation, si des formalités de procédure sont

² [1974] 1 F.C. 186.

³ [1961] A.C. 901.

² [1974] 1 F.C. 186.

³ [1961] A.C. 901.

right which he did not have when the procedure was set in motion.

He then states [at page 193]:

In my view there is nothing in this which supports the position of the appellant and much that supports the opposite conclusion. Where there is no accrued right under paragraph (c) of section 35 there is, as I see it, no right under paragraph (e) to the procedure in order to create a right. But when there is, as I think there is here, an accrued right within the meaning of paragraph (c), the party entitled thereto also has the right to have the procedure carried to a conclusion as provided by paragraph (e) for the purpose of enforcing the accrued right.

Section 33(1) of the Regulations clearly gives the applicant the right to nominate her sons for admission to Canada for permanent residence provided they comply with the requirements of the Act and Regulations. Subsection (4) of section 33 of the Regulations which was not altered by the amendment requires the nominating relative to provide for a period of five years for any necessary care and maintenance for the nominated relative and to advise, counsel and assist him in fulfilling his responsibilities as a resident of Canada. These were obligations undertaken by applicant when she made the nomination in the prescribed form which was accepted.

There is therefore not only an accrued right but an accrued obligation undertaken by the applicant with respect to each of her two sons.

In the case of *Township of Nepean v. Leikin*⁴ in the Ontario Court of Appeal Evans J.A. [as he then was] states at page 572:

It would appear to me right on principle that a person who had acquired certain rights and incurred certain obligations in accordance with the law as it stood at the time such rights and obligations arose should not be adversely affected by giving retroactive effect to legislation which seriously impairs those rights and obligations unless the repealing legislation clearly states that it shall be applied in a retroactive manner.

He refers to the case of *Hamilton Gell v. White* [1922] 2 K.B. 422 at pages 431-432, where Atkin L.J. referring to section 38 of the *English Interpretation Act* of 1889, 52-53 Vict., c. 63 which provides [in section 38(2)] that where an Act is repealed "... the repeal shall not ... affect any right, privilege, obligation, or liability acquired,

effectuées avant l'abrogation, le demandeur est alors en droit, même après l'abrogation, de continuer cette procédure de façon à déterminer si on lui attribuera un droit qu'il n'avait pas encore lorsque la procédure a été entamée.

^a Le juge Thurlow déclare alors [à la page 193]:

A mon avis, rien dans cette citation ne vient étayer la théorie de l'appelante; au contraire, elle favorise plutôt la conclusion opposée. Lorsqu'il n'y a pas de droit acquis en vertu de l'article 35c), à mon avis, l'article 35e) ne permet pas d'avoir recours à la procédure pour créer un droit. Mais lorsqu'il y a, comme c'est le cas ici à mon avis, un droit acquis au sens de l'alinéa c), la partie qui y a droit a également le droit de voir la procédure se poursuivre jusqu'à la fin comme le prévoit l'alinéa e) dans le but de faire respecter le droit acquis.

^c L'article 33(1) du Règlement donne manifestement à la requérante le droit de désigner ses fils en vue de leur admission au Canada pour résidence permanente, pourvu qu'ils satisfassent aux exigences de la Loi et du Règlement. Le paragraphe (4) de l'article 33 de ce dernier, que la modification n'a pas atteint, stipule que toute personne nommant un parent désigné s'engage à subvenir aux besoins de celui-ci pendant cinq ans, à le conseiller, le guider et l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs comme résident du Canada. Ces obligations, la requérante les a contractées lorsqu'elle a procédé sur la formule prescrite à la désignation, qui a été acceptée.

^f Il en a résulté pour la requérante un droit né, mais aussi une obligation à l'égard de chacun de ses deux fils.

^g Dans *Township of Nepean c. Leikin*⁴, le juge Evans [tel était alors son titre], de la Cour d'appel de l'Ontario, déclare à la page 572:

[TRADUCTION] Il me semble juste en principe qu'une personne, qui a acquis certains droits et contracté certaines obligations en conformité de la loi en vigueur à une certaine époque, ne subisse pas l'effet rétroactif d'une loi portant sérieusement atteinte à ces droits et à ces obligations, à moins que ladite loi abrogatrice ne déclare expressément qu'elle sera appliquée de façon rétroactive.

ⁱ Il se réfère à l'affaire *Hamilton Gell c. White* [1922] 2 K.B. 422, aux pages 431-432, où le lord juge Atkin, invoquant l'article 38 de la *Loi d'interprétation britannique* de 1889, 52-53 Vict., c. 63 selon lequel [dans l'article 38(2)], lorsqu'une loi est abrogée [TRADUCTION] "... l'abrogation n'aura pas d'effet sur quelque droit, privilège, obli-

⁴ [1971] 1 O.R. 567.

⁴ [1971] 1 O.R. 567.

accrued, or incurred under any enactment so repealed” stated:

It is obvious that that provision was not intended to preserve the abstract rights conferred by the repealed Act, such for instance as the right of compensation for disturbance conferred upon tenants generally under the Act of 1908, for if it were the repealing Act would be altogether inoperative. It only applies to the specific rights given to an individual upon the happening of one or other of the events specified in the statute. Here the necessary event has happened, because the landlord has, in view of a sale of the property, given the tenant notice to quit. Under those circumstances the tenant has “acquired a right,” which would “accrue” when he has quitted his holding, to receive compensation. A case was cited in support of the landlord’s contention: *Abbott v. Minister for Lands* [1895] A.C. 425, where the question was whether a man who had purchased certain land was entitled to exercise a right to make additional purchases of adjoining land under the powers conferred by a repealed Act, the repealing Act containing the usual saving clause. The Privy Council held that he was not. They said (1) that “the mere right (assuming it to be properly so called) existing in the members of the community or any class of them to take advantage of an enactment, without any act done by an individual towards availing himself of that right, cannot properly be deemed to be a ‘right accrued’ within the meaning of the enactment.” I think that bears out the proposition that I have stated above.

In the present case applicant had taken steps to avail herself of the right given under the Regulations to nominate her sons for admission to Canada as permanent residents and had assumed the obligations arising therefrom.

A similar finding was made recently in the case of *Central Mortgage and Housing Corp. v. Co-operative College Residences, Inc.*⁵ at page 406 where Howland J.A. rendering the judgment in the Ontario Court of Appeal stated at page 406:

In short, before the 1966 amendments came into force, Co-op had acquired rights under the commitment letter of CMHC. These rights accrued when the conditions precedent to the loan set out in the commitment letter were satisfied. All of the statutory conditions to the making of the loan had been satisfied. Co-op was entitled, by s. 19(1)⁶ of the *Interpretation Act* of Canada, to be protected against the necessity of compliance with the additional requirement of the 1966 amendments. So far as Co-op was concerned, in view of the rights it had acquired by the commitment letter, it was entitled to have the loan made upon compliance with the statutory provisions which were in existence before the 1966 amendments were enacted.

In the case of *Upper Canada College v. Smith*⁷ Duff J. in rendering the majority judgment of the Court at pages 424-425 stated:

⁵ 13 O.R. (2d) 394.

⁶ Now section 35.

⁷ (1921) 61 S.C.R. 413.

gation ou responsabilité né ou encouru sous le régime du texte législatif ainsi abrogé», déclare:

[TRADUCTION] Il est manifeste que cette disposition ne vise pas à préserver les droits abstraits conférés par la Loi abrogée, tels que par exemple le droit d’indemnité pour les ennuis causés aux locataires en général en vertu de la Loi de 1908, car s’il en était ainsi, la Loi abrogatrice serait inopérante. Elle s’applique seulement aux droits spécifiques accordés à une personne lorsque l’un ou l’autre des événements spécifiés dans la loi se produit. Ici, l’événement s’est produit parce que le propriétaire, en vue de vendre l’immeuble, a donné avis de congé au locataire. Vu ces circonstances, le locataire «a acquis le droit» (qui est «né» lorsqu’il a quitté son logement) à une indemnité. L’affaire *Abbott c. Minister for Lands* [1895] A.C. 425 est citée à l’appui de la prétention du propriétaire. Elle portait sur la question de savoir si un homme, qui a acheté certains biens, a le droit de procéder à l’achat de terres contiguës en vertu des pouvoirs que la Loi abrogée lui conférerait, la Loi abrogatrice contenant la réserve habituelle. Le Conseil privé a répondu par la négative. Il a déclaré (1) que «le simple droit (en admettant qu’il convienne de l’appeler ainsi) imparté aux membres de la communauté ou d’une catégorie d’entre eux, de profiter d’un texte législatif sans avoir accompli aucun acte individuel pour se prévaloir de ce droit, ne peut pas être exactement réputé un droit né au sens du texte législatif.» Je pense que ces commentaires contiennent la proposition que j’ai énoncée ci-dessus.

e En l’espèce présente, la requérante a pris des mesures pour se prévaloir du droit, que le Règlement lui conférerait, de désigner ses fils en vue d’admission au Canada pour résidence permanente et a contracté les obligations y afférentes.

f Récemment, des conclusions semblables ont été formulées dans *Central Mortgage and Housing Corp. c. Co-operative College Residences, Inc.*⁵ à la page 406, où le juge Howland, prononçant l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario, déclare:

[TRADUCTION] En bref, avant l’entrée en vigueur des modifications intervenues en 1966, Co-op avait acquis des droits en vertu de la lettre d’engagement de la SCHL. Ces droits sont nés lorsque les conditions préalables au prêt énoncées dans la lettre d’engagement ont été remplies. Toutes les conditions statutaires relatives au prêt l’étaient déjà. En vertu de l’art. 19(1)⁶ de la *Loi d’interprétation* du Canada, Co-op avait le droit d’être protégée contre l’obligation de se conformer aux exigences complémentaires des modifications de 1966. Vu les droits acquis par Co-op en vertu de la lettre d’engagement, elle a le droit d’exiger que le prêt soit conforme aux dispositions législatives en vigueur avant l’adoption des modifications de 1966.

Dans *Upper Canada College c. Smith*⁷, le juge Duff, prononçant le jugement de la majorité de la Cour, déclare aux pages 424-425:

⁵ 13 O.R. (2^e) 394.

⁶ Maintenant article 35.

⁷ (1921) 61 R.C.S. 413.

A right in the legal sense, not only in the common language of men but in the language of common lawyers everywhere, connotes a right which the courts will protect and enforce by some appropriate remedy.

This may be illustrated by a reference to statutes giving or taking away a right of appeal. A right of appeal is, of course, a remedial right and the courts have had to consider frequently the question whether a statute giving or taking away a right of appeal should *prima facie* be construed as affecting the parties to pending litigation. If such statutes are to be regarded as regulating procedure only within the meaning of this rule, then *prima facie* their application would not be restricted to proceedings subsequently instituted. Speaking broadly, the courts have persistently refused to take this view of such statutes; they have almost uniformly been held not to fall within the category of statutes relating to procedure only

I find it difficult to conclude that the amending Regulation setting out the additional requirement of at least one unit of assessment for occupational demand is a mere question of procedure. It must be remembered that it is not the right of Anthony or Gregory Motayne to be admitted to Canada which is under consideration here nor their assessment and evaluation on a point basis which are administrative matters within the discretion of the immigration officer and should not be interfered with by the Court in the present proceedings, but rather the applications of Iris Motayne McDoom to have them admitted as permanent residents and in my view she has an accrued right to have these applications considered and dealt with on their merits on the basis of the Regulations in effect at the date these applications were accepted and forwarded to New York for evaluation, and, whatever the cause of the delay in making these evaluations, cannot be prejudiced by giving retroactive effect to the new and additional requirement subsequently being made part of the Regulations.

Respondent referred to the case of *Director of Public Works v. Ho Po Sang*, discussed and distinguished by Thurlow J. (*supra*). In that case, however, Lord Morris of Borth-y-Gest made the statement already quoted at page 922 which it may be useful to repeat in part here:

It may be, therefore, that under some repealed enactment a right has been given but that in respect of it some investigation or legal proceeding is necessary. The right is then unaffected and preserved. It will be preserved even if a process of quantification is necessary.

[TRADUCTION] Un droit au sens juridique du terme et non pas simplement dans le langage courant, mais dans celui de tous les hommes de loi d'où qu'ils viennent désigne un droit que les tribunaux protégeront et feront exécuter par tout recours approprié.

a On peut illustrer ce principe en se référant aux lois, qui accordent ou enlèvent un droit d'appel. Bien entendu, ce droit d'appel est un droit récursoire et les tribunaux ont été souvent appelés à décider si une loi, qui donne ou enlève un droit d'appel, doit être présumée concerner les parties au litige en cours. Si l'on considère qu'une telle loi régit les procédures

b uniquement dans le sens de ladite règle, alors il ne faut pas restreindre son application aux procédures engagées postérieurement. Dans l'ensemble, les tribunaux ont refusé avec persistance d'adopter ce point de vue. Ils ont statué presque uniformément qu'une telle loi n'appartenait pas à la catégorie de celles se rapportant exclusivement aux procédures. . . .

c J'hésite à conclure que le Règlement modificateur, qui impose à titre d'exigence supplémentaire un point d'appréciation au moins pour les offres d'emploi dans la profession, est une simple question de procédure. Il convient de se rappeler qu'en

d l'espèce, ce n'est pas le droit d'Anthony ou de Gregory Motayne à être admis au Canada qui est en cause ni leur appréciation ou leur cotation, qui sont des questions administratives laissées à la

e discrétion de l'agent d'immigration et dans lesquelles la Cour ne doit pas s'immiscer, mais bien les demandes visant leur admission à titre de résidents permanents, présentées par Iris Motayne McDoom. A mon avis, cette dernière a un droit

f acquis à exiger leur examen approfondi sur le fondement du Règlement en vigueur à la date où elles ont été acceptées et envoyées à New York aux fins d'appréciation et, quelle que soit la cause du retard apporté à cet examen, elles ne peuvent pas

g subir le contrecoup défavorable qu'entraînerait la rétroactivité des nouvelles exigences incorporées ultérieurement dans le Règlement.

L'intimé se réfère à *Director of Public Works v. Ho Po Sang* (précitée) que le juge Thurlow a commentée et distinguée d'avec la présente cause. Toutefois, dans ladite affaire, lord Morris of Borth-y-Gest a fait la déclaration que j'ai déjà citée à la page 922. J'estime utile de la répéter

i partiellement ici:

[TRADUCTION] Il se peut par conséquent qu'en vertu d'un certain texte législatif abrogé un droit ait été accordé, mais qu'en ce qui le concerne, une enquête ou une certaine procédure judiciaire soit nécessaire. Le droit n'est alors pas touché et il est garanti. Il sera garanti même si l'on doit faire le nécessaire

j pour en fixer le quantum.

In the present cases the immigration officer does not have an absolute discretion to decide on the desirability of admitting a nominated relative for permanent residence but is obliged to do so by application of the pertinent regulations, which apparently was not done in these cases as the result of what I have found to be the erroneous application of the new regulation coming into effect only on February 22, 1974, to petitioner's application made on October 30, 1973.

Respondent raised objection to the procedure adopted in the present motions to obtain the relief sought, but since in the case of the motion relating to the admission of Anthony applicant seeks not only *certiorari* to quash the refusal but also *mandamus* requiring respondent to process the application pursuant to the Regulations in effect on October 30, 1973, and also a determination of a question of law pursuant to Rule 474 that these were the regulations to be applied, and in the case of Gregory *certiorari* is not sought since no decision on his admissibility was made but merely a conclusion that, as a student, he could not be assessed for permanent residence, so that there was no decision to quash, it would appear that the applications do cover all possible approaches to the question, so the procedural objections may well be academic. However, I will deal with them briefly. In his text book⁸ Professor S. A. de Smith states at page 110:

It has been said that "the distinction between an erroneous decision and a failure to hear and determine according to law may be very fine." The distinction is, indeed, often imperceptible, but it is an important one, for where a tribunal has purported to determine a question, but, as a result of adopting a wrong approach to its duties, is held to have failed to hear and determine the question "according to law," *mandamus* will issue to order it to make a fresh determination.

At page 481 he states:

The main purposes for which *mandamus* is awarded nowadays are to compel inferior tribunals (and, under the Courts Act 1971, the Crown Court) to exercise a jurisdiction that they have wrongfully declined, and to enforce the exercise of statutory discretion in accordance with proper legal principles.

At page 483 he states in reference to *mandamus*:

Nor, in general, will it lie for the purpose of undoing that which has already been done in contravention of statute. It would

En l'espèce, l'agent d'immigration n'est pas entièrement libre de décider s'il est souhaitable d'admettre un parent désigné aux fins de résidence permanente; il est obligé d'appliquer les règlements pertinents, ce qu'il semble avoir omis de faire en l'occurrence. Je constate en effet que le nouveau règlement, entré en vigueur le 22 février 1974, a été appliqué à tort à la demande présentée le 30 octobre 1973.

L'intimé soulève une objection contre les procédures afférentes aux présentes demandes visant à obtenir le remède demandé. Mais dans la demande relative à Anthony, la requérante ne demande pas seulement un bref de *certiorari* annulant le refus, mais aussi un bref de *mandamus* enjoignant à l'intimé d'appliquer en l'occurrence le Règlement en vigueur le 30 octobre 1973 et, au titre de la Règle 474, de trancher une question de droit: à savoir que ce Règlement est bien celui qui doit être appliqué. Dans le cas de Gregory, comme aucune décision n'a été prise à propos de son admissibilité, la requérante ne demande pas de bref de *certiorari*. On a simplement conclu qu'en tant qu'étudiant, il ne peut être apprécié aux fins de résidence permanente. Il n'y a donc aucune décision à annuler. Il appert que les demandes abordent la question sous tous ses aspects et il se peut donc que les objections de procédure soient de la pure rhétorique. Néanmoins, j'en parlerai brièvement. Dans son manuel⁸, le professeur S. A. de Smith déclare à la page 110:

[TRADUCTION] On a dit que «la distinction entre une décision erronée et le défaut d'entendre une cause et de la juger conformément à la loi, peut être très ténue.» En vérité, cette distinction est souvent imperceptible, mais elle est importante car, lorsqu'un tribunal censé trancher une question se dispense, par suite d'une fausse conception de son devoir, de l'entendre et de la juger «conformément à la loi», un bref de *mandamus* est alors rendu, qui lui enjoint de prendre une nouvelle décision.

A la page 481, il déclare:

[TRADUCTION] De nos jours, le bref de *mandamus* est principalement octroyé en vue de contraindre les tribunaux inférieurs (et, en vertu du Courts Act de 1971, la Cour de la Couronne) à exercer une compétence qu'ils ont déclinée à tort et d'appliquer les pouvoirs discrétionnaires que la loi leur confère, en conformité des principes juridiques applicables.

A la page 483, il déclare en se référant au bref de *mandamus*:

[TRADUCTION] Il ne consiste pas en général à défaire ce qui a été fait en contravention de la loi. En outre, il ne semble pas

⁸ *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd ed.

⁸ *Judicial Review of Administrative Action*, 3^e éd.

seem, moreover, that mandamus is not the proper means of enforcing a duty to abstain from acting unlawfully. Thus, if a public authority or officer threatens to act *ultra vires*, the appropriate remedy will be an injunction or a declaration, and not an application for mandamus not to exceed the powers conferred by law. If an inferior tribunal exceeds its jurisdiction, prohibition and not mandamus lies to compel it to stay its hand, and certiorari, not mandamus, lies to prevent it from acting upon its final order.

and at pages 485-486 he states:

... there is no universal rule that the validity of the exercise of discretion is contingent upon correct findings of law and fact—but in some cases manifest errors of law and fact have been treated as constituting failure to hear and determine according to law and as justifying the award of mandamus. On the other hand, mandamus has frequently been employed to give redress for misapplication of the discretionary power itself. Although the courts have repeatedly disclaimed any jurisdiction to review the wisdom or reasonableness of the exercise of discretionary powers, otherwise than on appeal, they have long applied judge-made criteria by which the exercise of “judicial” discretions must be measured; and from early times mandamus was recognised as an appropriate remedy for certain forms of abuse of discretion. The duty to observe these basic principles of legality in exercising a discretion is, unlike the “duty” to apply the law correctly to findings of fact, *prima facie* enforceable by mandamus. Hence where an authority has misconceived or misapplied its discretionary powers by exercising them for an improper purpose, or capriciously, or on the basis of irrelevant considerations or without regard to relevant considerations, it will be deemed to have failed to exercise its discretion or jurisdiction at all or to have failed to hear and determine according to law, and mandamus may issue to compel it to act in accordance with the law. The courts cannot, if they are to keep within the accepted limits of their own jurisdiction, order the competent authority to exercise its discretion in the applicant’s favour, but they may circumscribe its discretion by indicating what are the factors to which it may lawfully have regard, and if the original decision was based solely upon a factor which is held to have been irrelevant, or if a condition attached to a discretionary grant of a licence is held to be invalid, the authority may well feel impelled to accede to the application when it is renewed before it.

At page 487 he states:

... the courts are chary of awarding mandamus for the purpose of undoing what has already been done. Nevertheless, the tendency for mandamus to be awarded more readily than certiorari as a remedy for the misapplication of discretionary powers may not yet be defunct. In any event, if there is any doubt whether the functions of the competent authority have a judicial flavour it is expedient to apply for mandamus as well as certiorari.

être le bon moyen d’exécution de l’obligation de s’abstenir d’agir illégalement. Donc, si des pouvoirs publics ou des fonctionnaires menacent d’agir *ultra vires*, le bon recours pour éviter d’excéder les pouvoirs conférés par la loi sera une injonction ou une déclaration et non pas le bref de mandamus. Si un tribunal inférieur outrepassa sa compétence, une interdiction, et non pas un bref de mandamus, le contraindra à cesser de ce faire et le bref de certiorari, et non le bref de mandamus, l’empêchera d’agir lors de son ordonnance définitive.

et aux pages 485-486, il déclare:

[TRADUCTION] ... il n’existe aucune règle universelle selon laquelle la validité de l’exercice des pouvoirs discrétionnaires serait assujettie à des constatations de droit et de fait exactes mais, dans certains cas, des erreurs de droit et de fait manifestes ont été assimilées à un défaut d’entendre et de décider conformément à la loi et à la raison justifiant l’octroi d’un bref de mandamus. D’autre part, ledit bref a été fréquemment employé comme recours contre le mauvais usage des pouvoirs discrétionnaires eux-mêmes. Bien que les tribunaux aient à maintes reprises refusé de se reconnaître la moindre compétence pour examiner la sagesse ou le caractère raisonnable de l’exercice des pouvoirs discrétionnaires, autrement qu’en appel, ils ont longtemps appliqué les critères jurisprudentiels selon lesquels l’exercice des pouvoirs discrétionnaires « judiciaires » doit être mesuré; et, dès l’origine, le bref de mandamus a été reconnu comme un recours approprié contre certaines formes d’abus dans l’exercice des susdits pouvoirs. L’obligation d’observer ces principes fondamentaux de légalité dans l’exercice de tels pouvoirs est, contrairement à « l’obligation » d’appliquer la loi régulièrement aux constatations de faits, présumée exécutable par un bref de mandamus. D’où, lorsque les pouvoirs publics interprètent mal ou appliquent mal leurs pouvoirs discrétionnaires, les exercent à propos d’un objet impropre ou de façon capricieuse ou en se fondant sur des considérations non pertinentes ou sans tenir compte des considérations pertinentes, ils sont réputés avoir complètement omis d’exercer leur compétence ou leurs pouvoirs discrétionnaires, ou omis d’entendre la cause et de la juger conformément à la loi; un bref de mandamus peut alors être rendu pour les contraindre à se conformer à la loi. Les tribunaux, s’ils doivent rester dans les limites admises de leur propre compétence, ne peuvent pas ordonner aux pouvoirs publics compétents d’exercer leurs pouvoirs discrétionnaires en faveur du requérant, mais ils peuvent circonscrire ces pouvoirs en indiquant les facteurs dont il peut légalement être tenu compte, et si la décision originale est fondée exclusivement sur un facteur non pertinent, ou si une condition attachée à l’octroi discrétionnaire d’une licence est jugée non valable, les pouvoirs publics peuvent très bien être incités à accéder à la demande lorsqu’elle est renouvelée devant eux.

L’auteur déclare à la page 487:

[TRADUCTION] ... les tribunaux n’accordent qu’avec circonspection un bref de mandamus pour défaire ce qui a été fait. Néanmoins, la tendance à accorder un bref de mandamus plus facilement qu’un bref de certiorari à titre de recours contre le mauvais usage des pouvoirs discrétionnaires n’a peut-être pas encore disparu. En tout cas, s’il y a quelque doute que les fonctions des pouvoirs publics compétents aient un aspect judiciaire, il est indiqué de demander un bref de mandamus aussi bien qu’un bref de certiorari.

Turning to the jurisprudence, the British case of *Regina v. Paddington Valuation Officer*⁹ refused to issue *certiorari* and *mandamus* on the facts but Lord Denning stated at page 403:

I would say that if a tribunal or body is guilty of an error which goes to the very root of the determination, in that it has approached the case on an entirely wrong footing, then it does exceed its jurisdiction.

and Salmon L.J. stated at page 419:

In order for *mandamus* to lie, it must be established that he has prepared the list illegally or in bad faith, so that in effect he has not exercised his statutory function at all and that accordingly there is in reality no valid list in existence: *Reg. v. Cotham, etc., JJ. and Webb; Ex parte Williams* [1898] 1 Q.B. 802. Accordingly, it seems to me that a finding that the list is null and void is necessarily implicit in an order of *mandamus*.

In *The Queen v. Cotham and Another, Justices, and Wallace and Webb*¹⁰ which was referred to in the *Paddington* case, Kennedy J. stated at page 808:

I do not say that the remedy applies where there has been a mere misconstruction of an Act of Parliament; but where, as here, they have disregarded the provision of the statute which gives them jurisdiction, and have considered matters which they ought not to consider, then they have made themselves subject to the remedial power of the process by *mandamus*.

The Supreme Court case of *Gana v. The Minister of Manpower and Immigration*¹¹ referred to by respondent can readily be distinguished. In that case Abbott J. stated at page 712:

The decision, to grant or refuse such status in accordance with the Act and the regulations, is made in the discretion of the immigration officer at the port of entry, and is an administrative decision. It is not subject to review judicial or otherwise by anyone other than the Minister. In many cases, would-be immigrants are examined abroad as to their suitability and, if found to be acceptable, are granted a visa authorizing them to enter Canada as landed immigrants. If permission is refused that is the end of the matter. [Emphasis added.]

The words which I have underlined indicate the distinction since in the present case I have found that the wrong regulation was being applied.

⁹ [1966] 1 Q.B. 380.

¹⁰ [1898] 1 Q.B. 802.

¹¹ [1970] S.C.R. 699.

Passons à la jurisprudence. Dans l'affaire britannique *Regina c. Paddington Valuation Officer*⁹, lord Denning, refusant, compte tenu des faits, d'émettre un bref de *certiorari* et de *mandamus*,
a déclare à la page 403:

[TRADUCTION] Je dirai que lorsqu'un tribunal ou un organisme commet une erreur qui touche l'essence même de sa décision, parce qu'il a abordé l'affaire de façon erronée, il outrepassa alors sa compétence.

b

et le lord juge Salmon déclare à la page 419:

[TRADUCTION] Pour qu'un bref de *mandamus* se justifie, il faut prouver qu'il a établi la liste illégalement ou de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'en fait il n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire et qu'il n'existe donc aucune liste valide. *Reg. c. Cotham, etc., JJ. and Webb; Ex parte Williams* [1898] 1 Q.B. 802. En conséquence, la conclusion selon laquelle la liste est nulle et de nul effet me paraît sous-entendue dans l'ordonnance de *mandamus*.

d

Dans *La Reine c. Cotham and Another, Justices, and Wallace and Webb*¹⁰, évoqué dans la décision *Paddington*, le juge Kennedy déclare à la page 808:

[TRADUCTION] Je ne dis pas que le redressement s'applique lorsqu'il y a eu simplement une mauvaise interprétation d'une loi du Parlement; mais lorsque, comme c'est le cas ici, ils n'ont pas observé la disposition de la loi qui leur donne compétence, et ont pris en considération des questions qu'ils auraient dû ignorer, alors ils se sont eux-mêmes assujettis aux pouvoirs récursoires du bref de *mandamus*.

f

Il est facile d'établir une distinction avec l'arrêt de la Cour suprême *Gana c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*¹¹, invoqué par l'intimé, et où le juge Abbott déclare à la page 712:

La décision d'accorder ou de refuser ce statut selon les prescriptions de la Loi et du Règlement dépend du fonctionnaire à l'immigration au port d'entrée et il s'agit d'une décision administrative. Elle n'est pas sujette à révision judiciaire ou autre, si ce n'est par le ministre. Dans nombre de cas, les immigrants subissent cet examen d'aptitude à l'étranger; si on les juge admissibles, ils obtiennent un visa les autorisant à entrer au Canada à titre d'immigrants reçus. Si on leur refuse cette autorisation, le dossier est fermé. [C'est moi qui souligne.]

i

Les mots que j'ai soulignés indiquent la distinction à établir avec la présente action, où j'ai conclu qu'on a appliqué le mauvais règlement.

j

⁹ [1966] 1 Q.B. 380.

¹⁰ [1898] 1 Q.B. 802.

¹¹ [1970] R.C.S. 699.

In the case of *The Queen and D. N. McDonell v. Leong Ba Chai*¹² *mandamus* was issued when the admission of a child had been refused because of an error in law respecting its legitimacy, directing the immigration officer appointed to fulfil a particular act to carry out his statutory duty to determine whether the child otherwise complied with the provisions of the *Immigration Act*. On page 14 Taschereau J. stated:

What is asked is not the admission of Ba Chai into Canada, but the consideration of his application which must be examined in the light of the *Immigration Act*. This has been illegally denied.

See also *Smith & Rhuland Limited v. The Queen, on the Relation of Brice Andrews*¹³ where *mandamus* was issued when the Labour Relations Board had refused certification of the union on the basis of a consideration not appearing in the statute.

In *Tsiafakis v. Minister of Manpower and Immigration*¹⁴ *mandamus* was issued ordering the immigration officer to provide the necessary form for petitioner to sponsor her parents for admission to Canada, even though it was unlikely that once this form was completed, they would qualify for admission. This judgment was confirmed by the Court of Appeal in a judgment dated January 20, 1977, and reported at [1977] 2 F.C. 216.

Referring to Rule 474, subsection (1) of it reads as follows:

Rule 474. (1) The Court may, upon application, if it deems it expedient so to do,

- (a) determine any question of law that may be relevant to the decision of a matter, or
- (b) determine any question as to the admissibility of any evidence (including any document or other exhibit),

and any such determination shall be final and conclusive for the purposes of the action subject to being varied upon appeal.

and it must be noted that this gives the Court discretion and also that the use of the words "of a matter" are perhaps sufficiently broad to apply to such determination on a motion such as the present. This was discussed in the Court of Appeal

¹² [1954] S.C.R. 10.

¹³ [1953] 2 S.C.R. 95.

¹⁴ [1976] 2 F.C. 407.

Dans *La Reine et D. N. McDonell c. Leong Ba Chai*¹², le bref de *mandamus* a été émis parce que l'admission de l'enfant avait été refusée par suite d'une erreur de droit relative à sa légitimité. Le bref ordonnait à l'agent d'immigration d'accomplir un certain acte entrant dans le cadre de son obligation statutaire de déterminer si l'enfant remplissait autrement les dispositions de la *Loi sur l'immigration*. A la page 14, le juge Taschereau déclare:

[TRADUCTION] Ce que l'on demande, ce n'est pas l'admission au Canada de Ba Chai, mais un examen de sa demande sur la base de la *Loi sur l'immigration*, ce qui a été illégalement refusé.

Voir aussi *Smith & Rhuland Limited c. The Queen on the Relation of Brice Andrews*¹³, où un bref de *mandamus* a été émis à la suite du refus de la Commission des relations du travail d'accréditer le syndicat pour un motif qui n'apparaît pas dans la loi.

Dans *Tsiafakis c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*¹⁴, le bref de *mandamus* a ordonné à l'agent d'immigration de fournir à la requérante le formulaire à remplir pour le parrainage de ses parents en vue de leur admission au Canada, bien qu'il fût improbable qu'une fois la formule remplie, ils soient reconnus admissibles. La Cour d'appel a confirmé ce jugement dans un arrêt du 20 janvier 1977 publié à [1977] 2 C.F. 216.

Je me réfère au paragraphe (1) de la Règle 474, dont voici le libellé:

Règle 474. (1) La Cour pourra, sur demande, si elle juge opportun de le faire,

- a) statuer sur un point de droit qui peut être pertinent pour la décision d'une question, ou
- b) statuer sur un point afférent à l'admissibilité d'une preuve (notamment d'un document ou d'une autre pièce justificative),

et une telle décision est finale et péremptoire aux fins de l'action sous réserve de modification en appel.

Il convient de noter que ce texte donne à la Cour une entière discrétion et aussi que l'emploi des termes «d'une question» est peut-être assez large pour appliquer cette décision à une demande du genre de celle qui nous occupe. Ce point a été

¹² [1954] R.C.S. 10.

¹³ [1953] 2 R.C.S. 95.

¹⁴ [1976] 2 C.F. 407.

judgment of *Jamieson and Lessard v. Carota*¹⁵ in which the Court concluded that the question of law could not be decided on the record as it stood at the time and that in any event the decision of the Trial Court that it was not expedient to determine the question of law at that time was a matter of discretion and no reason had been advanced for interfering with the exercise of this discretion. In a footnote however Chief Justice Jackett states [at page 244]:

Ordinarily in my view, no application should be made under Rule 474 until a defence has been filed so that the question of expediency can be decided having regard to the matters that have been put in issue.

This is probably not applicable in the present cases where the issue was fully argued by counsel for both parties on applicant's motions. However, it is not really necessary to decide the question of non-retroactivity of the new regulation as a question of law since the decision to this effect is implicit in any event in the finding that *mandamus* should issue to consider the applications on the basis of the Regulations as they existed at the date the applications were made. Similarly since by the *mandamuses* to be issued herein respondent will be directed to consider the applications on the basis of the regulations as of that date it may be implicit in this finding that the adverse decision in connection with the application with respect to Anthony must of necessity be quashed. Judgments in both applications will be issued accordingly with these reasons being applicable to both.

¹⁵ [1977] 2 F.C. 239.

discuté dans l'arrêt *Jamieson et Lessard c. Carota*¹⁵, où la Cour d'appel a conclu que la question de droit ne pouvait pas être tranchée d'après le dossier tel qu'il était constitué à l'époque qu'en tout cas la décision de la Division de première instance portant qu'il était inutile de la trancher à cette date, avait un caractère discrétionnaire et qu'aucune raison n'avait été avancée pour justifier une ingérence dans l'exercice de cette discrétion. Toutefois, dans un renvoi, le juge en chef Jackett déclare [à la page 244]:

Normalement, aucune demande visée à la Règle 474 ne devrait, à mon avis, être présentée avant le dépôt d'une défense; ainsi, la Cour pourrait statuer sur la question d'opportunité en fonction des points en litige.

Cela ne s'applique probablement pas au cas qui nous occupe, où les avocats des deux parties ont pleinement débattu le point litigieux lors du dépôt des demandes par la requérante. Toutefois, il n'est pas vraiment nécessaire de trancher la question de la non-rétroactivité du nouveau règlement en tant que question de droit, puisque la décision à cet effet est implicite dans la conclusion selon laquelle un bref de *mandamus* doit être émis pour examiner les demandes sur le fondement du Règlement en vigueur à la date où elles ont été présentées. De même, comme les brefs de *mandamus* qui seront émis en l'espèce ordonneront à l'intimé d'examiner les requêtes en accord avec le Règlement en vigueur à cette date, il en ressort implicitement que la décision contraire afférente à la demande relative à Anthony doit être nécessairement annulée. Les jugements afférents aux deux demandes seront rendus en conséquence, ces motifs s'appliquant à l'une comme à l'autre.

¹⁵ [1977] 2 C.F. 239.