

A-329-89

A-329-89

**Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Minister of Employment and Immigration and William Hoogerdyk (Appellants) (Defendants)**

v.

**Said Mohamed Kigowa (Respondent) (Plaintiff)**

INDEXED AS: KIGOWA v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Desjardins, J.J.A.—Vancouver, January 8; Ottawa, January 26, 1990.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Foreign seaman jumping ship in British Columbia — Detained by immigration officer — Action in damages against immigration officer for unlawful arrest and detention on basis Charter rights violated — Motion to dismiss for want of jurisdiction on basis Charter not “law of Canada” within meaning of Constitution Act, s. 101 — Supreme Court’s threefold test for Federal Court jurisdiction met: Immigration Act federal law upon which respondent’s case based, essential to disposition and nourishing grant of jurisdiction by Federal Court Act, s. 17(5).*

*Immigration — Foreign seaman jumping ship in British Columbia — Detained by immigration officer acting under Immigration Act — Federal Court having jurisdiction to entertain action in damages against immigration officer for violating Charter rights by unlawful arrest and detention: Immigration Act federal law upon which alien’s case based, essential to disposition and nourishing grant of jurisdiction by Federal Court Act, s. 17(5).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Immigration officer, acting under Immigration Act, detaining foreign seaman having jumped ship in British Columbia — Action in damages against immigration officer for unlawful arrest and detention as violating Charter ss. 7 and 9 — Motion to dismiss for want of jurisdiction — Constitution and Charter not “laws of Canada” within Constitution Act, s. 101 — However, jurisdiction in Federal Court as meeting Supreme Court of Canada’s threefold test: Immigration Act federal law upon which claim based, essential to disposition and nourishing grant of jurisdiction by Federal Court Act, s. 17(5).*

The respondent, a seaman residing in Kenya, jumped ship at Nanaimo, British Columbia. He was arrested by an immigration officer, the appellant, William Hoogerdyk, on March 22, 1987 and detained in custody until the following day. The immigration officer claimed to have acted under subsection

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre de l’Emploi et de l’Immigration et William Hoogerdyk (appelants) (défendeurs)**

c.

**Said Mohamed Kigowa (intimé) (demandeur)**

RÉPERTORIÉ: KIGOWA c. CANADA (C.A.)

Cour d’appel, juges Heald, Mahoney et Desjardins, J.C.A.—Vancouver, 8 janvier; Ottawa, 26 janvier 1990.

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Un marin étranger a déserté son navire en Colombie-Britannique — Détenu par un agent d’immigration — Action en dommages-intérêts contre l’agent d’immigration pour arrestation et détention illégales alléguant la violation des droits accordés par la Charte — Requête visant le rejet de l’action pour incompétence au motif que la Charte n’est pas une «loi du Canada» au sens de l’art. 101 de la Loi constitutionnelle — Respect du triple critère énoncé par la Cour suprême pour établir la compétence de la Cour fédérale: la Loi sur l’immigration est une règle de droit fédérale sur laquelle se fonde l’action de l’intimé, elle est essentielle à la solution du litige et elle constitue le fondement de l’attribution de compétence à l’art. 17(5) de la Loi sur la Cour fédérale.*

*Immigration — Un marin étranger a déserté son navire en Colombie-Britannique — Détenu par un agent d’immigration agissant en application de la Loi sur l’immigration — Compétence de la Cour fédérale pour juger l’action en dommages-intérêts contre l’agent d’immigration pour violation des droits garantis par la Charte à la suite d’une arrestation et d’une détention illégales: la Loi sur l’immigration est une règle de droit fédérale sur laquelle se fonde l’action de l’intimé, elle est essentielle à la solution du litige, et elle constitue le fondement de l’attribution de compétence à l’art. 17(5) de la Loi sur la Cour fédérale.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L’agent d’immigration, agissant en application de la Loi sur l’immigration, a détenu un marin étranger qui avait déserté son navire en Colombie-Britannique — Action en dommages-intérêts contre un agent d’immigration pour arrestation et détention illégales en violation des art. 7 et 9 de la Charte — Requête visant le rejet de l’action pour incompétence — La Constitution et la Charte ne sont pas des «lois du Canada» au sens de l’art. 101 de la Loi constitutionnelle — Cependant, la Cour fédérale a compétence car il y a respect du critère à trois volets: la Loi sur l’immigration est une règle de droit fédérale sur laquelle se fonde l’action de l’intimé, elle est essentielle à la solution du litige et elle constitue le fondement de l’attribution de compétence à l’art. 17(5) de la Loi sur la Cour fédérale.*

L’intimé, un marin résidant au Kenya, a déserté son navire à Nanaimo (Colombie-Britannique). Il a été arrêté par un agent d’immigration, l’appelant William Hoogerdyk, le 22 mars 1987, et il a été détenu jusqu’au jour suivant. L’agent d’immigration a soutenu avoir agi en application du paragraphe

104(2) of the *Immigration Act, 1976* which authorized peace officers to arrest and detain a person who is in Canada illegally "where . . . the person poses a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry or for removal from Canada".

The respondent then initiated an action in damages against the immigration officer, alleging that he had no reason to believe that the respondent was a danger to the public or that he would fail to appear for the inquiry and that his arrest and detention were therefore a violation of the Charter rights to liberty (section 7) and not to be arbitrarily detained (section 9). The appellant had moved before the Trial Judge for an order dismissing the action for want of jurisdiction. This was an appeal from the denial of that motion to strike.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per Mahoney J.A.*: Subsection 17(5) of the *Federal Court Act*, giving the Court jurisdiction in proceedings against officers or servants of the Crown, is inherently limited by section 101 of the *Constitution Act, 1867*, which enables the Court to deal with claims that require the administration of the "laws of Canada". And since the courts have decided that the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, and therefore the Charter, not having been enacted by the Parliament of Canada, is not a "law of Canada" within the meaning of section 101, the Court would therefore have lacked jurisdiction to hear this case on that ground alone. That left the *Immigration Act, 1976* as a basis for jurisdiction.

A threefold test to determine whether the Federal Court has jurisdiction over a matter has been established by the Supreme Court of Canada: (1) there must be a statutory grant of jurisdiction; (2) there must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction; (3) the law on which the case is based must be a "law of Canada" as the phrase is used in section 101.

Here, the statutory grant of jurisdiction was paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*. The law essential to disposition will not necessarily be the same as that which nourishes the statutory grant of jurisdiction. It may be that where the third element is supplied by a comprehensive statutory framework, that in itself can be taken as the existing federal law which nourishes the statutory grant to such an extent as to demand little in the way of discrete federal law essential to the disposition of the case.

Subsection 104(2) of the *Immigration Act, 1976* not only defines the authority of immigration officers and others to arrest and detain aliens in Canada for purposes of the Act; it sets a limit on the right of aliens to be at liberty in Canada while awaiting an inquiry or removal. In the case at bar, federal law was both the basis of the respondent's case and essential to its disposition and also nourished the grant of jurisdiction by subsection 17(5) of the *Federal Court Act*.

104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* qui autorisait les agents de la paix à arrêter et à détenir toute personne illégalement au Canada qui «constitue une menace pour le public ou qu'à défaut de cette mesure, elle ne se présentera pas à l'enquête ou n'obtempérera pas à l'ordonnance de renvoi».

L'intimé a alors engagé une action en dommages-intérêts contre l'agent d'immigration, alléguant que celui-ci n'avait aucun motif de croire que l'intimé constituait une menace pour le public ou qu'il ne se présenterait pas à son enquête, et que par conséquent son arrestation et sa détention violaient le droit à la liberté (article 7) et le droit à la protection contre la détention arbitraire (article 9) garantis par la Charte. L'appellant avait demandé au juge de première instance une ordonnance rejetant l'action pour incompétence. Il s'agissait d'un appel contre le rejet de cette requête en annulation.

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

Le juge Mahoney, J.C.A.: Le paragraphe 17(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui donne compétence à la Cour dans les actions contre les fonctionnaires ou préposés de la Couronne, se trouve limité de façon inhérente par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui permet à la Couronne de juger les demandes qui nécessitent l'administration des «lois du Canada». Et puisque les tribunaux ont statué que les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*, et par conséquent la Charte, n'ayant pas été adoptées par le Parlement du Canada, ne sont pas des «lois du Canada» au sens de l'article 101, la Cour n'aurait donc pas eu la compétence nécessaire pour être saisie de cette affaire uniquement pour ce motif. Il ne reste donc que la *Loi sur l'immigration de 1976* comme fondement de la compétence contestée.

La Cour suprême du Canada a établi un critère à trois volets applicable à la compétence de la Cour fédérale sur une question quelconque: (1) il doit y avoir attribution de compétence par une loi fédérale; (2) il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence; (3) la loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'article 101.

En l'espèce, c'est l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui donnait compétence à la Cour. La règle de droit essentielle à la solution du litige ne sera pas nécessairement celle qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. Il se peut que lorsque le troisième volet est respecté par la présence d'un cadre législatif détaillé, celui-ci peut en soi être considéré comme étant l'ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence dans une mesure suffisamment grande pour se passer largement des règles de droit fédérales essentielles à la solution du litige.

Le paragraphe 104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne définit pas seulement le pouvoir des agents d'immigration et d'autres personnes d'arrêter et de garder des étrangers au Canada aux fins de la Loi; il fixe les limites imposées au droit de ces derniers de rester en liberté au Canada en attendant leur enquête ou leur renvoi. Ce sont des règles de droit fédérales qui, en l'espèce, constituent le droit sur lequel se fonde l'action de l'intimé, qui sont essentielles à la solution du litige et aussi qui constituent le fondement de l'attribution légale de compétence au paragraphe 17(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

*Per Heald J.A.*: The respondent's right to be in Canada and his right to freedom here emanated entirely from the provisions of the *Immigration Act, 1976*. If the torts of false arrest and false imprisonment alleged here were committed, it was because the plaintiff's right to remain free pursuant to the provisions of the *Immigration Act, 1976* had been interfered with. The plaintiff's right to freedom and liberty came, not from the common law but from the provisions of the Act. Accordingly, the threefold test for jurisdiction had been satisfied.

*Per Desjardins J.A.*: Although damages had been claimed, the basis of the respondent's action was not a common law right of freedom from illegal arrest. At common law, an alien had no right to enter the country and no right of movement once having entered illegally. Whatever right of movement the respondent may have had was governed by the *Immigration Act, 1976*, a "law of Canada". The threefold test was met.

Le juge Heald, J.C.A.: Le droit de l'intimé de se trouver au Canada et d'y rester en liberté émanait entièrement des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Si les délits d'arrestation et d'emprisonnement illégaux ont été commis, c'est parce qu'il y a eu atteinte au droit du demandeur de rester libre qui lui est conféré par les dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le droit à la liberté du demandeur lui vient non pas de la *common law*, mais des dispositions de la Loi. En conséquence, il y a eu respect du critère à trois volets applicable à la compétence contestée.

Le juge Desjardins, J.C.A.: Bien que l'intimé ait réclamé des dommages-intérêts, son action ne repose pas sur un droit en *common law* à la protection contre l'arrestation illégale. En vertu de la *common law*, un étranger ne jouit d'aucun droit d'entrée au Canada et donc, d'aucun droit d'y circuler après être entré illégalement. Tout droit de circulation auquel pouvait prétendre l'intimé était régi par la *Loi sur l'immigration de 1976*, une «loi du Canada». Il y a eu respect du critère à trois volets.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9.

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 2.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(5)(b).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 12, 103(2).

*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27(2)(f), 104(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*ITO—International Terminal Operators v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 92 N.R. 241; *Rhine v. The Queen; Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

##### CONSIDERED:

*Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communication Workers of Canada et al.*, [1983] 1 S.C.R. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161; *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, N° 44], art. 7, 9.

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, No. 5], art. 101.

*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(5)(b).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 12, 103(2).

*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 27(2)(f), 104(2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 92 N.R. 241; *Rhine c. La Reine; Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Northern Telecom Canada Ltée et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre*, [1983] 1 R.C.S. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161; *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).

## REFERRED TO:

*McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Oag v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258; *Marshall v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 437 (T.D.); *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All ER 741 (C.A.); *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471.

## COUNSEL:

*Paul F. Partridge* for appellants (defendants).

*Carolyn McCool* for respondent (plaintiff).

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants (defendants).

*Legal Services Society of British Columbia, Vancouver*, for respondent (plaintiff).

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HEALD J.A.: I have read the reasons for judgment in draft prepared by my brother Mahoney J.A. I agree with the result which he proposes.

The respondent (plaintiff) is a seaman who lives in Kenya. He entered Canada as a member of a ship's crew. He abandoned his ship while it was at Nanaimo, British Columbia. Accordingly, at the point in time when he jumped ship, it is alleged that he became a member of the inadmissible class of persons described in paragraph 27(2)(j) of the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52], i.e.—person who “came into Canada as ... a member of a crew, and, without the approval of an immigration officer, failed to be on the vehicle when it left a port of entry”. The statement of claim asserts that the plaintiff was arrested by the defendant Hoogerdyk, an immigration officer, on March 22, 1987 and was detained in custody until March 23, 1987. The legal basis for the arrest was

## DÉCISIONS CITÉES:

*McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Oag c. La Reine et autres*, [1983] 1 R.C.S. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258; *Marshall c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 437 (1<sup>re</sup> inst.); *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All ER 741 (C.A.); *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471.

## AVOCATS:

*Paul F. Partridge* pour les appelants (défendeurs).

*Carolyn McCool* pour l'intimé (demandeur).

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants (défendeurs).

*Legal Services Society of British Columbia, Vancouver*, pour l'intimé (demandeur).

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: J'ai lu le projet des motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge Mahoney, J.C.A., et je suis d'accord avec l'issue qu'il propose.

L'intimé (le demandeur) est un marin qui vit au Kenya. Il est entré au Canada en qualité de membre de l'équipage d'un navire. Il a déserté celui-ci alors qu'il mouillait à Nanaimo (Colombie-Britannique). En conséquence de quoi il est allégué que lorsqu'il a déserté son navire, il est devenu membre de la catégorie de personnes non admissibles visée à l'alinéa 27(2)(j) de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52], c'est-à-dire une personne qui «est entrée au Canada à titre de membre de l'équipage d'un véhicule ... et a, sans l'autorisation d'un agent d'immigration, négligé de regagner le véhicule lors de son départ d'un point d'entrée». Selon la déclaration, le demandeur a été arrêté par le défendeur Hoogerdyk, un agent d'immigration, le 22 mars 1987, et il a été détenu sous garde jusqu'au 23 mars 1987. On a donné comme fondement juridi-

said to be subsection 104(2) of the *Immigration Act, 1976*.<sup>1</sup>

In my view this respondent had no entitlement, *per se*, to enter and to remain in Canada. His right to be in Canada and his right to be at liberty in Canada existed only so long as he was a member of the ship's crew and so long as the ship remained in Canada. His right to be in Canada and his right to freedom here emanated entirely from the provisions of the *Immigration Act, 1976*. The deprivation of that liberty was also said to be pursuant to the provisions of the *Immigration Act, 1976*.

The issue raised by the statement of claim is a narrow one—namely, whether the defendant Hoogerdyk, in arresting the plaintiff, had reason to believe that the plaintiff posed a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry or for removal from Canada. The statement of claim alleges that the torts of false arrest and imprisonment were committed. If those torts were committed, it was because the plaintiff's right to remain free pursuant to the provisions of the *Immigration Act, 1976* were interfered with. Accordingly, the torts alleged are dependant upon federal law, namely, the provisions of the *Immigration Act, 1976*. The damages alleged to have been suffered would necessarily arise from the deprivation of a right whose only source was a federal statute. The plaintiff's only right to freedom and liberty comes, not from the common law but from the provisions of the *Immigration Act, 1976*. Accordingly, I agree that the threefold test discussed by both of my colleagues has been satisfied and that the appeal should therefore be dismissed with costs.

<sup>1</sup> That subsection reads:

104. ...

(2) Every peace officer in Canada, whether appointed under the laws of Canada or of any province or municipality thereof, and every immigration officer may, without the issue of a warrant, an order or a direction for arrest or detention, arrest and detain or arrest and make an order to detain

(a) for an inquiry, any person who on reasonable grounds is suspected of being a person referred to in paragraph 27(2)(b), (e), (f), (g), (h), (i) or (j), or

(b) for removal from Canada, any person against whom a removal order has been made that is to be executed,

where, in his opinion, the person poses a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry or for removal from Canada.

que de l'arrestation le paragraphe 104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*<sup>1</sup>.

À mon avis, l'intimé n'avait aucun droit, comme tel, d'entrer au Canada et d'y demeurer. Son droit de se trouver au Canada et d'y rester en liberté existait seulement tant qu'il était membre de l'équipage d'un navire, et tant que ce navire restait au Canada. Son droit d'être au Canada et son droit d'y être libre émanait entièrement des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. La perte de cette liberté a aussi été attribuée aux dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

La question litigieuse soulevée par la déclaration est fort précise, à savoir, le défendeur Hoogerdyk, lorsqu'il a arrêté le demandeur, avait-il des motifs de croire que celui-ci constituait une menace pour le public ou qu'à défaut de cette mesure, il ne se présenterait pas à l'enquête ou n'obtempérerait pas à l'ordonnance de renvoi. Il est allégué dans la déclaration qu'il y a eu délit d'arrestation et d'emprisonnement illégaux. Si ces délits ont été commis, c'est parce qu'il y a eu atteinte au droit du demandeur de rester libre qui lui est conféré par les dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Conséquemment, les délits reprochés dépendent d'une loi fédérale, à savoir, la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le préjudice qui aurait été infligé découlerait nécessairement de la privation d'un droit dont la seule source est une loi fédérale. L'unique droit à la liberté du demandeur lui vient non pas de la *common law*, mais des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. En conséquence, je suis d'accord qu'il a été satisfait au critère à trois volets dont ont parlé mes deux collègues, et que l'appel devrait donc être rejeté avec dépens.

<sup>1</sup> Le paragraphe est libellé comme suit:

104. ...

(2) Tout agent de la paix au Canada, nommé en vertu d'une loi fédérale, provinciale ou d'un règlement municipal, et tout agent d'immigration peuvent, sans mandat, ordre ou directive à cet effet, arrêter et détenir ou arrêter et ordonner la détention

a) aux fins d'enquête, de toute personne soupçonnée, pour des motifs valables, de faire partie de l'une des catégories visées aux alinéas 27(2)b), e), f), g), h), i), ou j), ou

b) aux fins de renvoi du Canada, de toute personne frappée par une ordonnance de renvoi exécutoire,

au cas où ils estiment que ladite personne constitue une menace pour le public ou qu'à défaut de cette mesure, elle ne se présentera pas à l'enquête ou n'obtempérera pas à l'ordonnance de renvoi.

\* \* \*

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

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

MAHONEY J.A.: This is an appeal from the refusal of the Trial Division [T-612-89, Collier J., order dated 26/6/89, not yet reported] to dismiss the respondent's action as against the appellant, William Hoogerdyk, for want of jurisdiction in the Federal Court to entertain it. The statement of claim alleges that the respondent is a seaman, resident of Kenya, and that Hoogerdyk is an immigration officer who was, at all material times, manager of the Canada Immigration Centre at Nanaimo, B.C. Hoogerdyk is alleged to have arrested the respondent at about 10:10 a.m. on Sunday, March 22, 1987, and to have caused him to have been detained until about 3:45 p.m., March 23, 1987.

<sup>a</sup> LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: La Cour est saisie d'un appel interjeté contre le refus de la Section de première instance [T-612-89, juge Collier, ordonnance en date du 26-6-89, encore inédite] de rejeter l'action de l'intimé dans la mesure où elle vise l'appellant, William Hoogerdyk, pour absence de compétence de la part de la Cour fédérale. La déclaration allègue que l'intimé est un marin résident du Kenya, et que Hoogerdyk est un agent d'immigration qui était, à l'époque concernée, directeur du Centre d'Immigration Canada à Nanaimo (C.-B.). Il est allégué que Hoogerdyk a arrêté l'intimé vers 10 h 10 le dimanche, 22 mars 1987 et qu'il l'a fait détenir jusque vers 15 h 45 le <sup>d</sup> 23 mars 1987.

The statement of claim goes on:

La déclaration ajoute ce qui suit:

5. The defendant Hoogerdyk purported to make this arrest and to cause this detention under the authority of s. 104(2) of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, (as it then was).

<sup>e</sup> [TRADUCTION] 5. Le défendeur Hoogerdyk a prétendu procéder à cette arrestation et imposer cette détention sous le régime du paragraphe 104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52 (tel qu'il était à l'époque).

6. The defendant Hoogerdyk had no reason to believe, nor did he believe, or have the opinion, that the plaintiff was either

<sup>f</sup> 6. Le défendeur Hoogerdyk n'avait aucun motif de croire, ni ne croyait ou était d'avis que le demandeur

a) a danger to the public, or

b) a person who would not otherwise appear for examination, inquiry, or for removal from Canada

a) constituait une menace pour le public, ou  
b) qu'à défaut de cette mesure, il ne se présenterait pas à l'enquête ou n'obtempérerait pas à l'ordonnance de renvoi au sens du paragraphe 104(2) (tel qu'il était à l'époque) de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

within the meaning of s. 104(2) (as it then was) of the *Immigration Act, 1976*.

<sup>g</sup> 7. Le défendeur Hoogerdyk n'avait pas l'autorité nécessaire pour arrêter et détenir le demandeur, si ce n'est en vertu du paragraphe 104(2) (tel qu'il était à l'époque) de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

7. The defendant Hoogerdyk had no authority to arrest or detain the plaintiff except under s. 104(2) (as it then was) of the *Immigration Act, 1976*.

8. The defendant Hoogerdyk had an improper motive in arresting and causing the detention of the plaintiff.

<sup>h</sup> 8. Le défendeur Hoogerdyk a agi selon un motif irrégulier en arrêtant le demandeur et en le faisant détenir.

It concludes by alleging that the arrest and detention were each a violation of rights guaranteed him by sections 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and by claiming unspecified general and special damages.

<sup>i</sup> Pour terminer, la déclaration allègue que l'arrestation et la détention de l'intimé constituent l'une et l'autre une violation des droits conférés à ce dernier par les articles 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, N° 44]] en vertu de <sup>j</sup> quoi des dommages-intérêts généraux non précisés sont réclamés.

The *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, provides:

17. ...

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

...  
(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of his duties as an officer or servant of the Crown.

Parliament's legislative authority is found in, and defined by, section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]].

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

Thus, notwithstanding Parliament's apparently clear grant of jurisdiction over the respondent's claim against Hoogerdyk by subsection 17(5) of the *Federal Court Act*, that jurisdiction is inherently limited by section 101. It exists only if the claim requires the administration of "the laws of Canada", as that term is employed in section 101.

In *Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communication Workers of Canada et al.*, [1983] 1 S.C.R. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161, Estey J., for the majority, at pages 744-745 S.C.R., said:

Anglin C.J.C., in *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corporation Ltd.*, [1930] S.C.R. 531, at p. 534, said that the expression "laws of Canada" must mean "... laws enacted by the Dominion Parliament and within its competence". I read the reasons of the Chief Justice of this Court in *McNamara* ([1977] 2 S.C.R. 654), and *Quebec North Shore*, ([1977] 2 S.C.R. 1054), as being to the same effect.

One final note should be added to this jurisdictional discussion. The *Constitution Act, 1867*, as amended, is not of course a "law of Canada" in the sense of the foregoing cases because it was not enacted by the Parliament of Canada. The inherent

La *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, prévoit ce qui suit:

17. ...

(5) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées:

...  
b) contre un fonctionnaire ou préposé de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions.

C'est l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, No. 5]] qui accorde au Parlement et qui précise son autorité législative.

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Donc, bien qu'en vertu du paragraphe 17(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*, il semble que le Parlement ait clairement conféré compétence à la Section de première instance à l'égard de l'action de l'intimé, cette compétence se trouve limitée de façon inhérente par l'article 101. Elle n'existe que si l'action nécessite l'administration «des lois du Canada», au sens de cette expression à l'article 101.

Dans l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre*, [1983] 1 R.C.S. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161, le juge Estey, qui se prononçait pour la majorité, a dit ce qui suit aux pages 744 et 745 R.C.S.:

Le juge en chef Anglin, dans l'arrêt *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corporation Ltd.*, [1930] R.C.S. 531, à la p. 534, dit que l'expression «lois du Canada» signifie [TRADUCTION] «... les lois adoptées par le Parlement fédéral et qui sont de son ressort.» J'interprète dans le même sens les motifs du Juge en chef de cette Cour dans les arrêts *McNamara* ([1977] 2 R.C.S. 654) et *Quebec North Shore* ([1977] 2 R.C.S. 1054), précités.

Il y a lieu d'ajouter un dernier point à cette discussion de la compétence. La *Loi constitutionnelle de 1867*, et modifications, n'est pas, cela va de soi, une «loi du Canada» dans le sens des exemples qui précèdent parce qu'elle n'a pas été adoptée par le

limitation placed by s. 101, *supra*, on the jurisdiction which may be granted to the Federal Court by Parliament therefore might exclude a proceeding founded on the *Constitution Act*.

It follows that the provisions of the Charter upon which the present action is founded are not laws of Canada in the section 101 sense and that we are left with the *Immigration Act, 1976* as a basis for jurisdiction.

The Supreme Court has had a number of occasions, starting with the *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; and *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471 decisions referred to by Estey, J., to consider the meaning of "laws of Canada" in the section 101 sense since this Court was established in 1970. The presently accepted test was stated by McIntyre J., in *ITO—International Terminal Operators v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241, at page 766 S.C.R. I think it most useful to quote it in its most recent recitation, by Wilson, J., for a unanimous court, in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 92 N.R. 241, at pages 330 ff. S.C.R., because of its context there.

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be a "law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

This test is well established as the one to be applied in every case where the jurisdiction of the Federal Court is in issue.

While there is clearly an overlap between the second and third elements of the test for Federal Court jurisdiction, the second element, as I understand it, requires a general body of federal law covering the area of the dispute, i.e., in this case the law relating to Indians and Indian interests in reserve lands, and the third element requires that the specific law which will be resolute of the dispute be "a law of Canada" within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. No difficulty arises in meeting the third element of the test if the dispute is to be determined on the basis of an existing federal statute. As will be seen, problems can, however arise if the law of Canada

Parlement du Canada. La limite inhérente que l'art. 101 précité impose à la compétence que le Parlement peut accorder à la Cour fédérale pourrait donc exclure une procédure fondée sur la *Loi constitutionnelle*.

a Il s'ensuit que les dispositions de la Charte sur lesquelles se fonde la présente action ne sont pas des lois du Canada au sens de l'article 101, et qu'il ne nous reste que la *Loi sur l'immigration de 1976* comme fondement de la compétence contestée.

b La Cour suprême du Canada a eu l'occasion, à commencer par les arrêts *McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; et *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471 mentionnés par le juge Estey, de rechercher le sens de l'expression «lois du Canada» à l'article 101 depuis que notre Cour a été établie en 1970. Le critère actuellement reconnu a été exposé par le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241, à la page 766 R.C.S. Je crois fort utile de le reproduire tel qu'il a été le plus récemment cité, par le juge Wilson, pour une cour unanime, dans l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 92 N.R. 241, aux pages 330 et suivantes R.C.S., en raison de son contexte dans l'espèce.

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ce critère est bien établi comme étant celui qu'il faut appliquer dans toute affaire où la compétence de la Cour fédérale est en cause.

Bien qu'il y ait nettement un chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère applicable pour établir la compétence de la Cour fédérale, le deuxième, tel que je le comprends, exige qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l'objet de la contestation, en l'espèce le droit relatif aux Indiens et à leurs intérêts dans les terres des réserves, et le troisième, que la loi spécifique qui servira à trancher le litige soit «une loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On n'aura aucune difficulté à respecter le troisième élément du critère si le litige doit être tranché en fonction d'un texte de loi fédéral existant.



which is relied on is not federal legislation but so-called "federal common law" or if federal law is not exclusively applicable to the issue in dispute.

Here, there is no issue that paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act* meets the first element.

In refusing to dismiss this action as against Hoogerdyk, the learned Trial Judge relied on this Court's decision in *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149, which he characterized as "the closest, among a confusing array of decisions of the Appeal Division of this Court, to the present situation". *Oag* brought an action in tort for damages against the Crown in right of Canada and a number of its servants following a ruling by the Supreme Court of Canada, *Oag v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258, that the National Parole Board had wrongly revoked his release on mandatory supervision. Stone J., delivering the judgment of this Court held, at pages 520 ff F.C.:

There thus appears, to use the phrase of Laskin, C.J.C., in the *Rhine and Prytula* case, "a detailed statutory framework" of federal law under which the appellant not only acquired the right to be free but also the right to remain so. It must be emphasized that, as he remained under sentence, the quality of freedom he enjoyed was not the same as that possessed by a person not under sentence. Its limits were demarcated by federal statutes. If the torts of false arrest and imprisonment were committed as alleged, they were committed because his right to remain free thus delineated was interfered with. I do not think that law need expressly provide a remedy for such interference for the claims to be governed by it. These torts, in my view depend for their existence upon federal law; any provable damages resulting from their commission are recoverable in the Trial Division. I have concluded that the claims are provided for in the "laws of Canada" or "federal law".

Can it be said that the limits of the respondent's right to remain free, said to have been trespassed upon by Hoogerdyk, were likewise demarcated by the *Immigration Act, 1976*?

Comme on le verra, des problèmes peuvent cependant surgir si la loi du Canada invoquée est non pas un texte de loi fédéral mais ce qu'on appelle de la «*common law* fédérale», ou si la loi fédérale n'est pas la seule applicable à la question en litige.

<sup>a</sup> En l'espèce, il n'est pas contesté que l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* satisfait au premier critère.

En refusant de rejeter l'action de l'intimé dans <sup>b</sup> la mesure où elle vise Hoogerdyk, le juge de première instance s'est appuyé sur la décision de cette Cour dans l'affaire *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149, dont il a dit «l'affaire *Oag* est celle qui <sup>c</sup> présente le plus d'analogies, parmi un ensemble impressionnant et déroutant de décisions de la Section d'appel de cette Cour, avec la présente situation». *Oag* avait intenté une action en dommages-intérêts contre la Couronne du chef du Canada et certains de ses préposés à la suite d'une affirmation de la Cour suprême du Canada, *Oag c. La Reine et autres*, [1983] 1 R.C.S. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258, voulant que la Commission nationale des libérations conditionnelles ait à tort révoqué sa libération sous surveillance obligatoire. Le juge Stone, qui rendait le jugement de notre Cour, a statué aux pages 520 et suivantes <sup>f</sup> C.F.:

Il en résulte donc, pour utiliser l'expression du juge en chef Laskin dans l'affaire *Rhine et Prytula*, «un cadre législatif détaillé» de droit fédéral en vertu duquel l'appelant a acquis non seulement le droit d'être libre mais également celui de <sup>g</sup> rester. Il faut souligner que, comme il restait sous l'effet d'une condamnation, la liberté dont il jouissait n'était pas la même que celle que possède une personne qui ne fait pas l'objet d'une condamnation. Ses limites étaient fixées par des lois fédérales. S'il y a eu arrestation illégale et emprisonnement arbitraire comme il a été allégué, ces délits ont été commis parce qu'on a <sup>h</sup> porté atteinte au droit de l'appelant, ainsi délimité, de rester libre. Je ne crois pas que la loi ait à prévoir expressément un recours à l'égard d'une telle atteinte pour que les demandes soient régies par elle. L'existence de ces délits, à mon avis, repose sur le droit fédéral; les dommages-intérêts qui résultent de la perpétration de ces délits prouvables peuvent être recou- <sup>i</sup> vrés en Division de première instance. J'en suis arrivé à la conclusion que les demandes sont prévues dans les «lois du Canada» ou le «droit fédéral».

Peut-on dire que les limites du droit de l'intimé de <sup>j</sup> rester en liberté, que Hoogerdyk aurait excédées, étaient également fixées par la *Loi sur l'immigration de 1976*?

The provision specifically pleaded is subsection 104(2) of the *Immigration Act, 1976*, now subsection 103(2) of the *Immigration Act, R.S.C., 1985*, c. I-2.

103. ...

(2) Every peace officer in Canada, whether appointed under the laws of Canada or of any province or municipality thereof, and every immigration officer may, without the issue of a warrant, an order or a direction for arrest or detention, arrest and detain or arrest and make an order to detain

(a) for an inquiry, any person who on reasonable grounds is suspected of being a person referred to in paragraph 27(2)(b), (e), (f), (g), (h), (i) or (j), or

(b) for removal from Canada, any person against whom a removal order has been made that is to be executed,

where, in his opinion, the person poses a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry or for removal from Canada.

To date, in its reported decisions, the Supreme Court appears to have recognized two types of cases as involving the necessary application of federal law, absent express federal statutory prescription of the law, so as to engage the Federal Court's jurisdiction. One involves the incorporation by statute into federal law of law other than statute law and the second involves the existence of a federal statutory framework supporting a cause of action even though its resolution may require, largely if not entirely, application of law that is neither federal legislation nor incorporated into federal law by legislation. The first category is exemplified by the *ITO* and *Roberts* decisions; the second by the *Rhine v. The Queen*; *Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

In *ITO*, Canadian maritime law was so found and, in *Roberts*, it was the common law of aboriginal titles. In the former case, the adoption by Parliament, by section 2 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] of a definition which comprehended the non-statute law upon which the cause of action was based was found to suffice.

La disposition expressément invoquée est le paragraphe 104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, aujourd'hui le paragraphe 103(2) de la *Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985)*, chap. I-2.

a 103. ...

(2) L'agent de la paix, qu'il soit nommé en vertu d'une loi fédérale ou provinciale ou d'un règlement municipal, et l'agent d'immigration peuvent, sans mandat, ordre ou instruction à cet effet, arrêter et garder ou arrêter et faire garder:

b a) aux fins d'enquête, toute personne soupçonnée, pour des motifs raisonnables, de faire partie de l'une des catégories visées aux alinéas 27(2)b), e), f), g), h), i) ou j) et qui, à leur avis, constitue une menace pour la sécurité publique ou se dérobera à l'enquête;

c b) aux fins de renvoi du Canada, toute personne frappée par une mesure de renvoi exécutoire et qui, à leur avis, constitue une menace pour la sécurité publique ou n'obtempérera pas à la mesure.

d

Jusqu'à maintenant, il semble que la Cour suprême ait reconnu, dans ses arrêts publiés, deux genres de situations qui nécessitent l'application du droit fédéral, en l'absence d'une disposition expresse dans une loi fédérale, de façon à entraîner la compétence de la Cour fédérale. La première situation vise l'insertion dans le droit fédéral au moyen d'une loi, du droit autre que le droit écrit, et la seconde implique l'existence d'un cadre législatif fédéral étayant une cause d'action bien que le règlement de cette dernière puisse exiger, dans une grande mesure sinon entièrement, l'application d'un droit qui n'est ni une loi fédérale, ni incorporé dans le droit fédéral par une disposition législative. Les arrêts *ITO* et *Roberts* illustrent la première situation; la seconde se retrouve dans l'arrêt *Rhine c. La Reine et Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

h

Dans l'arrêt *ITO*, il a été statué que le droit maritime canadien relevait de la première catégorie susmentionnée, alors que dans l'arrêt *Roberts*, la même conclusion a été tirée à l'égard de la *common law* du titre aborigène. Dans le premier cas, l'adoption par le Parlement, au moyen de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10], d'une définition qui comprenait le droit non écrit sur lequel reposait la cause d'action a été trouvée suffisante.

j

## 2. In this Act,

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or that would have been so administered if that Court had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of Parliament of Canada.

McIntyre J. at page 774 [ITO], expressed the conclusion as follows:

In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by *The Admiralty Act, 1934*. On the contrary, the words “maritime” and “admiralty” should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*.

Likewise, in *Roberts* at page 340, Wilson J., stated her reason for concluding that the law of aboriginal title was federal common law.

... the question for us, therefore, is whether the law of aboriginal title is federal common law.

I believe that it is ... While, as was made clear in *Guerin*, ([1984] 2 S.C.R. 335), s. 18(1) of the *Indian Act* did not create the unique relationship between the Crown and the Indians, it certainly incorporated it into federal law by affirming that “reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart”.

*Roberts* is instructive here in two other respects. It reiterates, at page 338, the proposition, originally stated in *McNamara*, that federal legislative competence is not alone enough to satisfy the third element. It also considered, at pages 331 ff., but expressed no concluded opinion on the “intertwining” basis of jurisdiction propounded by the Trial Division in *Marshall v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 437. It did suggest, at page 334, that “it does not appear to find support in the existing jurisprudence ... nor indeed in the wording of s. 101”. This Court, in *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84

## 2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«droit maritime canadien» Droit—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

Le juge McIntyre, à la page 774 [ITO], a exprimé la conclusion suivante:

À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établie par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

De la même façon, à la page 340 de l'arrêt *Roberts*, le juge Wilson a expliqué les raisons pour lesquelles elle en est arrivée à la conclusion que le droit applicable au titre aborigène était de la *common law* fédérale.

... la question à laquelle nous devons donc répondre est donc de savoir si la loi applicable au titre aborigène est de la *common law* fédérale.

Je crois qu'elle l'est ... Bien que, comme le dit clairement l'arrêt *Guerin*, ([1984] 2 R.C.S. 335) le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens* n'ait pas créé la relation unique qui existe entre la Couronne et les Indiens, il l'a certainement incorporée dans la loi fédérale en affirmant que «Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté».

L'arrêt *Roberts* nous éclaire à deux autres égards. Il répète, à la page 338, la proposition exprimée à l'origine dans l'arrêt *McNamara*, voulant que la compétence législative fédérale ne suffise pas à elle seule à satisfaire au troisième volet du critère qui sert à établir la compétence de la Cour fédérale. Il examine également, aux pages 331 et suivantes sans toutefois tirer de conclusion à cet égard, la notion de compétence fondée sur des demandes «étroitement liées» exposée par la Section de première instance dans l'arrêt *Marshall c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 437. Il laisse cependant entendre, à la page 334, que cette notion «ne paraît cependant pas trouver appui dans la jurisprudence

N.R. 163 (C.A.), held *Marshall* to have been wrongly decided.

The other class of cases in which the Supreme Court has found the causes of action to be sustained by the law of Canada in the section 101 sense is exemplified by the *Rhine and Prytula* case referred to by Stone J., in the passage quoted from the *Oag* decision. That case was concerned with the recovery of debts by the Crown in right of Canada from private persons. The debts had been respectively incurred under the provisions of the *Prairie Grain Advance Payments Act*, now R.S.C., 1985, c. P-18, and the *Canada Student Loans Act*, now R.S.C., 1985, c. S-23. In the former, the debt resulted from the direct advance of monies by the Crown; in the latter, from the Crown's guarantee of bank advances. The *ratio* as to grain advances, stated at pages 446 ff, was:

... it is contended that there is simply the enforcement of an ordinary contractual obligation which owes nothing to federal law other than its origin in the statutory authorization to make the advance.

I do not agree that the matter can be disposed of in such simple terms. What we have here is a detailed statutory framework under which advances for prospective grain deliveries are authorized as part of an overall scheme for the marketing of grain produced in Canada. An examination of the *Prairie Grain Advance Payments Act* itself lends emphasis to its place in the overall scheme. True, there is an undertaking or a contractual consequence of the application of the Act but that does not mean that the Act is left behind once the undertaking or contract is made. At every turn, the Act has its impact on the undertaking so as to make it proper to say that there is here existing and valid federal law to govern the transaction which became the subject of litigation in the Federal Court. It should hardly be necessary to add that "contract" or other legal institutions, such as "tort" cannot be invariably attributed to sole provincial legislative regulation or be deemed to be, as common law, solely matters of provincial law.

That was applied, with refinements immaterial to the present discussion because of the guarantee, to the student loans.

existante... ni même dans le texte de l'art. 101». Cette Cour, dans l'arrêt *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.), a statué que la décision rendue dans l'affaire *Marshall* était erronée.

L'arrêt *Rhine et Prytula*, dont fait mention le juge Stone dans le passage précité de l'arrêt *Oag*, illustre l'autre catégorie d'instances dont les causes d'actions, selon les conclusions de la Cour suprême, s'appuient sur les lois du Canada au sens de l'article 101. Cet arrêt traitait du recouvrement de dettes par la Couronne du chef du Canada auprès de particuliers. Les dettes découlaient respectivement des dispositions de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, aujourd'hui le chapitre P-18 des L.R.C. de 1985, et de la *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants*, aujourd'hui le chapitre S-23 des L.R.C. de 1985. Dans le premier cas, la dette résultait d'un paiement anticipé direct de la Couronne; dans le second cas, elle résultait de la garantie par la Couronne de sommes avancées par la banque. Le considérant de la décision concernant les paiements anticipés pour le grain, énoncé aux pages 445 et suivantes, était le suivant:

... on prétend qu'il s'agit simplement de l'exécution d'une obligation contractuelle ordinaire qui ne relève aucunement de la législation fédérale, si ce n'est qu'elle tire son origine de l'autorisation législative de verser le paiement anticipé.

Je ne peux admettre que l'on puisse régler l'affaire en des termes aussi simples. Nous sommes en présence d'un cadre législatif détaillé qui autorise des paiements anticipés pour des livraisons éventuelles de grain; c'est un élément d'un plan d'ensemble pour la commercialisation du grain produit au Canada. Un examen de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies* elle-même met en lumière la place que celle-ci prend dans le plan d'ensemble. Certes, l'application de la Loi emporte un engagement ou des conséquences contractuelles, mais cela ne veut pas dire que la Loi est mise à l'écart une fois l'engagement pris ou le contrat signé. La Loi a constamment des répercussions sur l'engagement, de sorte que l'on peut dire à bon droit qu'il existe une législation fédérale valide qui régit l'opération, objet du litige devant la Cour fédérale. Est-il nécessaire d'ajouter qu'on ne peut invariablement attribuer les «contrats» ou les autres créations juridiques, comme les délits et quasi-délits, au contrôle législatif provincial exclusif, ni les considérer, de même que la *common law*, comme des matières ressortissant exclusivement au droit provincial.

Cela s'est appliqué, avec des raffinements sans importance pour la présente discussion en raison de la garantie, aux prêts aux étudiants.

I should probably refrain from adding to the array of this Court's confusing decisions but it does seem to me, with respect, that the very recent recognition, in *Roberts*, of the clear overlap between the second and third elements of the test suggests a basis for rational reconciliation of the confusion. The second element requires an existing body of federal law to do two very different things: (1) to be essential to the disposition of the case and (2) to nourish the statutory grant of jurisdiction. It speaks of the same body of law but it seems apparent that the law essential to disposition will not necessarily be the same law as that which may nourish a statutory grant of jurisdiction. Perhaps where, as in *Rhine and Prytula*, the third element is supplied by a comprehensive statutory framework, that in itself can be taken as the existing federal law which nourishes the statutory grant to such an extent as to demand little, if anything, in the way of discrete federal law essential to the disposition of the case. In other words, the relationship between the parties being entirely a creature of federal law, the law to be applied in the resolution of disputes arising out of that relationship is also taken to be federal law even though it is neither expressed nor expressly incorporated by federal statute. That would appear to have been the case in *Rhine and Prytula* where it is nowhere suggested that the law by which the debtors' liability to the Crown would actually be determined was anything other than that by which liability for an ordinary commercial obligation would routinely be determined.

Subsection 103(2) of the *Immigration Act* not only defines the authority of immigration officers and others to arrest and detain aliens in Canada for purposes of that Act; it sets the limit on their right to be at liberty in Canada while awaiting an inquiry or removal, as the case may be. It is federal law which, in the cause of action pleaded here, is the law upon which the respondent's case is based, is essential to its disposition and which also

Je devrais probablement éviter d'ajouter à l'ensemble impressionnant et déroutant de décisions de cette Cour mais il me semble, en toute déférence, que la reconnaissance toute récente, dans l'arrêt *Roberts*, du chevauchement évident des deuxième et troisième volets du critère en cause suggère un fondement à la conciliation rationnelle de la confusion. Le second volet exige l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales qui doit avoir deux vocations tout à fait différentes; il doit être (1) essentiel à la solution du litige et (2) constituer le fondement de l'attribution légale de compétence. Il vise le même ensemble de règles de droit, mais il semble évident que les règles de droit essentielles à la solution du litige ne seront pas nécessairement les mêmes qui constitueront le fondement de l'attribution légale de compétence. Il se peut que lorsque le troisième volet est respecté, comme c'est le cas dans l'arrêt *Rhine et Prytula*, par la présence d'un cadre législatif détaillé, celui-ci peut en soi être considéré comme étant l'ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence dans une mesure suffisamment grande pour se passer largement, sinon complètement, des règles de droit fédérales essentielles à la solution du litige. En d'autres termes, le rapport entre les parties découlant uniquement du droit fédéral, le droit applicable au règlement des litiges qui procèdent de ce rapport est aussi considéré comme étant des règles de droit fédérales, bien qu'elles ne soient ni exposées ni expressément incorporées dans une loi fédérale. Il semblerait que cela ait été le cas dans l'arrêt *Rhine et Prytula* qui ne laisse nullement entendre que le droit applicable à la responsabilité du débiteur à l'égard de la Couronne est autre chose que celui qui sert aussi communément à établir la responsabilité d'un débiteur à l'égard d'une dette commerciale ordinaire.

Le paragraphe 103(2) de la *Loi sur l'immigration* ne définit pas seulement le pouvoir des agents d'immigration et d'autres personnes d'arrêter et de garder des étrangers au Canada aux fins de la Loi; il fixe les limites imposées au droit de ces derniers de rester en liberté au Canada en attendant leur enquête ou leur renvoi, selon le cas. Ce sont des règles de droit fédérales qui, dans la cause d'action plaidée en l'espèce, constituent le droit sur lequel se fonde l'action de l'intimé, qui sont essentielles à la solution du litige et aussi qui constituent le

nourishes the grant of jurisdiction by subsection 17(5) of the *Federal Court Act*.

All three elements of the test are met in this case. I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

DESJARDINS J.A.: Said Mohamed Kigowa, the respondent in this case, is a resident of Kenya who jumped ship at Nanaimo, British Columbia. In all likelihood, he was then under a duty to appear at a port of entry.<sup>2</sup> His arrest by an immigration officer on March 22, 1987 and his detention till the afternoon of March 23, 1987 prompted him to file an action in damages before the Trial Division on March 22, 1989, alleging illegal arrest and detention by the immigration officer.

The issue raised by the appellants is whether the Federal Court of Canada has jurisdiction to hear his case.

I agree with the reasons for judgment of Mahoney J.A. which I had the advantage of reading in draft. I add only one short comment.

Although damages are claimed by way of relief, the basis of the respondent's action does not rest on a common law right of freedom against illegal arrest. Being an alien, he had no right of entry

<sup>2</sup> Subsection 12(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 provides:

12. (1) Every person seeking to come into Canada shall appear before an immigration officer at a port of entry, or at such other place as may be designated by a senior immigration officer, for examination to determine whether that person is a person who shall be allowed to come into Canada or may be granted admission.

fondement de l'attribution légale de compétence au paragraphe 17(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

<sup>a</sup> Les trois éléments du critère sont respectés en l'espèce. Je rejetterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

<sup>b</sup>

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

<sup>c</sup>

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Said Mohamed Kigowa, l'intimé en l'espèce, est un résident du Kenya qui a déserté son navire à Nanaimo (Colombie-Britannique). Vraisemblablement, il était alors tenu de se présenter à un point d'entrée<sup>2</sup>. Son arrestation par un agent d'immigration le 22 mars 1987 et sa détention jusqu'à l'après-midi du 23 mars 1987 l'ont incité à engager une action en dommages-intérêts devant la Section de première instance le 22 mars 1989, au motif qu'il y avait eu arrestation et détention illégales de la part de l'agent d'immigration.

<sup>d</sup>

La question litigieuse soulevée par les appelants vise la compétence de la Cour fédérale du Canada à l'égard de cette affaire.

<sup>e</sup>

Je suis d'accord avec les motifs de jugement du juge Mahoney, J.C.A., dont j'ai eu l'avantage de lire le projet. Je n'ajouterai qu'un bref commentaire.

<sup>f</sup>

Bien que l'intimé réclame des dommages-intérêts en guise de réparation, son action ne repose pas sur un droit en *common law* à la protection contre l'arrestation illégale. Étant un étranger, il

<sup>2</sup> Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, prévoit ce qui suit:

12. (1) Quiconque cherche à entrer au Canada est tenu de se présenter devant un agent d'immigration à un point d'entrée ou à tout autre lieu désigné par l'agent principal en vue de l'interrogatoire visant à déterminer s'il est autorisé à entrer au Canada ou s'il peut y être admis.

under the common law,<sup>3</sup> consequently, no right of movement once he had entered illegally. The case at bar is distinct from actions in damages under the common law which the respondent might have in common with others. Had the respondent been hurt by a motor vehicle or assaulted, a civil action in tort would have been open to him like any other person in Canada. But here, whatever right of movement the respondent may claim to have and wish to assert is governed by the *Immigration Act*, a “law of Canada”.

The threefold test giving rise to the jurisdiction of the Federal Court being met, I would dismiss the appeal with costs.

ne jouissait d'aucun droit d'entrée au Canada en vertu de la *common law*<sup>3</sup>, et donc, d'aucun droit d'y circuler après être entré illégalement. L'action en l'espèce diffère des actions en dommages-intérêts prévues par la *common law* qui pourraient s'offrir à l'intimé comme à quiconque. Si l'intimé avait été blessé par un véhicule automobile ou agressé, il aurait pu engager une action délictuelle comme toute autre personne au Canada. Mais en l'espèce, tout droit de circulation auquel peut prétendre l'intimé et qu'il souhaite faire respecter est régi par la *Loi sur l'immigration*, une «loi du Canada».

Le critère à trois volets applicable à la compétence de la Cour fédérale étant respecté, je rejette-rais l'appel avec dépens.

<sup>3</sup> *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All ER 741 (C.A.), at p. 747.

At common law no alien has any right to enter this country except by leave of the Crown; and the Crown can refuse leave without giving any reason: see *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* ([1969] 2 Ch. 149 at p. 168). If he comes by leave, the Crown can impose such conditions as it thinks fit, as to his length of stay, or otherwise. He has no right whatever to remain here. He is liable to be sent home to his own country at any time if, in the opinion of the Crown, his presence here is not conducive to the public good; and for this purpose, the executive may arrest him and put him on board a ship or aircraft bound for his own country: see *R v Brixton Prison (Governor), ex parte Soblen* ([1963] 2 QB 243 at pp. 300, 301). The position of aliens at common law has since been covered by the various regulations; but the principles remain the same.

<sup>3</sup> *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All ER 741 (C.A.), à la p. 747.

[TRADUCTION] En *common law*, aucun étranger n'a le droit d'entrer dans ce pays si ce n'est par autorisation de la Couronne, et celle-ci peut refuser son autorisation sans donner de motif: voir *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* ([1969] 2 Ch. 149, à la p. 168). La Couronne peut imposer à celui qui entre au pays grâce à son autorisation les conditions qu'elle estime indiquées, qu'elles concernent la durée de son séjour ou autre chose. L'étranger ne possède aucun droit de demeurer ici. Il peut être renvoyé dans son propre pays en tout temps si la Couronne estime que sa présence chez nous n'est pas dans l'intérêt public; et à cette fin, l'exécutif peut l'arrêter et le mettre à bord d'un navire ou d'un aéronef en partance pour son propre pays: voir *R v Brixton Prison (Governor), ex parte Soblen* ([1963] 2 QB 243, aux p. 300 et 301). Divers règlements ont depuis traité de la situation des étrangers en *common law*, mais les principes restent les mêmes.