

A-104-18
2019 FCA 206

A-104-18
2019 CAF 206

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Appellant*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*appelant*)

v.

c.

Andrew James Fisher-Tennant by his guardian at law, Jonathan Tennant

Andrew James Fisher-Tennant, par la tutelle de Jonathan Tennant

(*Respondent*)

(*intimé*)

and

et

Canadian Association of Refugee Lawyers (*Intervener*)

Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (*intervenante*)

**INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
v. TENNANT**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)
C. TENNANT**

Federal Court of Appeal, Webb, Near and Laskin J.J.A.—
Toronto, February 13; Ottawa, July 16, 2019.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Near et Laskin,
J.C.A.—Toronto, 13 février; Ottawa, 16 juillet 2019.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from Federal Court decision granting application for judicial review of citizenship officer's decision made under Citizenship Act (Act) — Federal Court declaring respondent to be citizen of Canada — Declining to certify question of general importance — Absent certified question, no appeal lying to Federal Court of Appeal from Federal Court (Act, s. 22.2(d)) — Despite this preclusive clause, appellant, on appeal, arguing that Act, s. 22.2(d) will not, in certain circumstances, bar appeal from decision in respect of which no question certified — In present matter, Act, s. 3(1)(b) providing principle of citizenship by descent — Since 2009, citizenship by descent under s. 3(1)(b) limited by Act, s. 3(3)(b) to first generation born outside Canada to Canadian parent; however, first generation limit subject to, inter alia, Crown servant exception set out in Act, s. 3(5)(b) — Respondent, 3 years old, born in U.S, represented by biological father who is Canadian citizen — Respondent not first generation born outside Canada since biological father born in 1971 in Malaysia to Canadian citizens — Father of respondent's biological father working abroad as professor retained by Canadian government — Respondent's biological father applying for certificate of citizenship on behalf of respondent under Act, s. 12(1) — Citizenship officer concluding that Crown servant exception of Act, s. 3(5)(b) not applying since employment abroad with Canadian university not falling under categories of Crown service — Thus, citizenship officer concluding respondent not

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue par une agente de la citoyenneté au titre de la Loi sur la citoyenneté (Loi) — La Cour fédérale a déclaré que l'intimé était citoyen canadien — Elle n'a pas certifié de question de portée générale — Il ne peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale d'un jugement de la Cour fédérale s'il n'y a pas de question certifiée (art. 22.2d) de la Loi — Malgré cette disposition privative, l'appelant, dans son appel, a fait valoir que, dans certaines circonstances, l'art. 22.2d) n'interdit pas qu'il soit fait appel de décisions ne comportant pas de question certifiée — Dans la présente affaire, l'art. 3(1)(b) de la Loi énonce le principe de la citoyenneté par affiliation — Depuis 2009, l'art. 3(3)(b) vient limiter la citoyenneté par filiation prévue à l'art. 3(1)(b) à la première génération d'enfants nés à l'étranger d'un père ou d'une mère canadiens; toutefois, la règle limitant la citoyenneté à la première génération est assujettie, entre autres choses, à l'exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l'art. 3(5)(b) — L'intimé est âgé de trois ans, est né aux États-Unis, et était représenté par son père biologique, un citoyen canadien — L'intimé n'appartient pas à la première génération d'enfants nés à l'étranger de sa famille : son père biologique est né en 1971 en Malaisie de parents canadiens — Le père du père biologique de l'intimé travaillait à l'étranger comme professeur d'université engagé par le gouvernement du Canada — Le père biologique

meeting legislative requirements for citizenship — Respondent's biological father applying for judicial review of officer's decision, seeking declaration that son Canadian citizen — Federal Court declining to return matter for redetermination; affirming that father of biological father had served as Crown servant abroad; that respondent thus Canadian citizen as matter of law — Appellant claiming that Federal Court's decision falling within narrow exception to certified question requirement because Federal Court making jurisdictional errors — Whether appellant's appeal barred by Act, s. 22.2(d); in particular, whether Federal Court impermissibly granting declaration of fact, whether Federal Court usurping role of appellant — Per Laskin J.A. (Webb J.A. concurring): Act, s. 22.2(d) governing judicial reviews under Act — Certain types of error will justify hearing appeal in face of preclusive clause — However, no need in present case to revisit nature, scope of exceptions since errors Federal Court allegedly making not errors at all or were ordinary errors — Federal Court having authority to issue declaratory relief in deciding application for judicial review as such stated power found in Federal Courts Act, s. 18(1)(a) — Status as citizen of Canada by descent may be subject of declaration — Court previously holding that Canadian citizenship creature of federal statute — Act itself confers citizenship by descent; not granted by appellant but acquired by birth — Nature of Federal Court's declaration therefore not basis to conclude that preclusive clause not applying — In present matter, Federal Court issuing declaration requiring that appellant issue certificate of citizenship to respondent — Substitution remedy at issue may follow in exceptional cases in which court determining that substitution warranted — Federal Court's finding in particular that father of biological father indeed Crown servant bringing present case into class of exceptional cases in which relief amounting to substitution recognized as appropriate — While Federal Court may have erred in certain respects in present case, errors constituting “mere” or “everyday” errors of kind that Federal Court of Appeal regularly correcting in absence of preclusive clause — Not reaching level that would bring case into categories of cases in which Federal Court of Appeal would be justified in disregarding preclusive clause Parliament enacted in Act, s. 22.2(d) — Act, s. 22.2(d) barring appellant's appeal, which appeal quashed — Appeal dismissed — Per Near J.A. (dissenting): Federal Court's declaration about respondent's citizenship in present circumstances amounting to error sufficient to conclude that preclusive clause not applying here — Federal Court also usurping role of appellant, rendering decision on merits despite that Parliament has given appellant exclusive authority to determine applications made under Act, s. 12(1) — Federal Court clearly substituting its decision for that of appellant — Such substitution constituting exceptional power under judicial review law; having to be exercised with caution but present case not exceptional.

de l'intimé a présenté une demande de certificat de citoyenneté canadienne au nom de l'intimé au titre de l'art. 12(1) de la Loi — L'agente de la citoyenneté a conclu que l'exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l'art. 3(5)b) de la Loi ne s'appliquait pas, puisque l'emploi à l'étranger pour le compte d'une université canadienne n'appartenait à ni l'une ni l'autre des catégories de services de la Couronne — L'agente a donc conclu que l'intimé ne satisfaisait pas aux critères légaux de citoyenneté — Le père biologique de l'intimé a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'agente et a demandé une déclaration selon laquelle son fils était un citoyen canadien — La Cour fédérale a refusé de renvoyer l'affaire pour nouvelle décision; elle a affirmé que le père du père biologique était un fonctionnaire de l'État à l'étranger et que l'intimé était légalement citoyen canadien — L'appellant a fait valoir que la décision de la Cour fédérale faisait partie des exceptions limitées à l'exigence de la question certifiée, car la Cour fédérale avait commis des erreurs de compétence — Il s'agissait de savoir si l'art. 22.2(d) de la Loi empêche qu'un appel soit interjeté; plus particulièrement, si la Cour fédérale a prononcé une déclaration de fait sans en avoir le pouvoir; et si elle a usurpé le rôle de l'appellant — Le juge Laskin, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : L'art. 22.2(d) de la Loi régit les demandes de contrôle judiciaire présentées en application de la Loi — Certains types d'erreurs justifient l'audition d'un appel malgré une disposition privative — Toutefois, il n'était pas nécessaire en l'espèce de revoir la nature et la portée des exceptions parce que les erreurs qu'aurait commises la Cour fédérale n'étaient pas des erreurs de tout ou étaient des erreurs ordinaires — La Cour fédérale peut prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'elle tranche une demande de contrôle judiciaire, car ce pouvoir lui est conféré par l'art. 18(1)a) de la Loi — Le statut de citoyen canadien par filiation pourrait faire l'objet d'un jugement déclaratoire — La Cour a conclu par le passé que la citoyenneté canadienne était une création statutaire fédérale — C'est la Loi en soi qui confère la citoyenneté par filiation; cette citoyenneté n'est pas attribuée par l'appelant, elle est acquise de naissance — La nature du jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale ne justifiait donc pas qu'il soit conclu à l'inapplicabilité de la disposition privative — En l'espèce, la Cour fédérale a prononcé un jugement déclaratoire qui obligera l'appellant à délivrer un certificat de citoyenneté à l'intimé — Ce type de réparation équivalant à une substitution pourrait être accordé dans des circonstances exceptionnelles, lorsque la cour détermine que la substitution est justifiée — En raison de la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le père du père biologique de l'intimé était un fonctionnaire de l'État, la présente affaire est entrée dans la catégorie des situations exceptionnelles où l'octroi d'une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué — À supposer que la Cour fédérale ait commis des erreurs à certains égards dans la présente affaire, il s'agirait de « simples » erreurs ou d'erreurs « ordinaires » d'un type que la Cour d'appel fédérale corrige fréquemment lorsqu'il n'y a pas de disposition privative — Ces erreurs ne seraient pas suffisamment graves pour faire entrer la présente affaire dans l'une ou l'autre des catégories

Federal Court Jurisdiction — Federal Court granting application for judicial review of citizenship officer's decision made under Citizenship Act (Act) — Federal Court declaring respondent to be citizen of Canada — Whether Federal Court impermissibly granting declaration of fact; whether Federal Court usurping role of appellant — Per Laskin J.A. (Webb J.A. concurring): Law of judicial review recognizing power on part of reviewing court to substitute its view for that of administrative decision maker provided that certain conditions met — Federal Court therefore not erring in holding that remedy available to it if set conditions satisfied — Substitution of Federal Court's views for those of administrative decision maker can be achieved indirectly or through remedies that Federal Courts Act setting out — While indirect substitution recognized, albeit as exceptional power under law of judicial review, law also recognizing power even of direct substitution, in which court itself granting relief sought from administrative decision maker in exceptional circumstances — Finding herein bringing this case into class of exceptional cases in which relief amounting to substitution recognized as appropriate — Per Near J.A. (dissenting): Federal Court's declaration about respondent's citizenship in present circumstances amounting to error — Federal Court also usurping role of appellant, rendering decision on merits despite that Parliament has given appellant exclusive authority to determine applications made under Act, s. 12(1) — Federal Court clearly substituting its decision for that of appellant — Such substitution constituting exceptional power under judicial review law; having to be exercised with caution but present case not warranting exceptional power.

de situations justifiant que la Cour d'appel fédérale fasse abstraction de la disposition privative adoptée par le législateur à l'art. 22.2d) de la Loi — L'art. 22.2d) de la Loi empêchait l'appelant de faire appel, lequel a été annulé — Appel rejeté — Le juge Near, J.C.A. (dissident) : Le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale concernant la citoyenneté de l'intimé dans les présentes circonstances constituait une erreur suffisamment grave pour que l'on conclue que la disposition privative ne s'appliquait pas en l'espèce — La Cour fédérale a également usurpé le rôle de l'appelant et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré à l'appelant le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre de l'art. 12(1) de la Loi — La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle de l'appelant — Une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence, mais la présente affaire n'était pas exceptionnelle.

Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue par une agente de la citoyenneté au titre de la Loi sur la citoyenneté (Loi) — La Cour fédérale a déclaré que l'intimé était citoyen canadien — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a prononcé une déclaration de fait alors qu'elle ne le pouvait pas; si la Cour fédérale a usurpé le rôle de l'appelant — Le juge Laskin, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le droit relatif au contrôle judiciaire reconnaît à la cour de révision le pouvoir de substituer son point de vue à celui du décideur administratif, sous réserve du respect de certaines conditions — La Cour fédérale n'a donc pas commis d'erreur en concluant que cette mesure de réparation était à sa disposition si les conditions étaient réunies — La Cour fédérale peut substituer ses conclusions à celles d'un décideur administratif indirectement ou au moyen des mesures de réparation prévues par la Loi sur les Cours fédérales — La substitution indirecte est un pouvoir reconnu, quoiqu'exceptionnel, dans le droit régissant le contrôle judiciaire, mais le droit reconnaît également un pouvoir de substitution directe, c'est-à-dire lorsque la Cour accorde elle-même la réparation demandée au décideur administratif dans des circonstances exceptionnelles — En raison de la conclusion tirée dans la présente affaire, celle-ci est entrée dans la catégorie des situations exceptionnelles où l'octroi d'une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué — Le juge Near, J.C.A. (dissident) : Le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale sur la citoyenneté de l'intimé dans les présentes circonstances constituait une erreur — La Cour fédérale a également usurpé le rôle de l'appelant et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré à l'appelant le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre de l'art. 12(1) de la Loi — La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle de l'appelant — Une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence, mais la présente affaire ne justifiait pas l'exercice de ce pouvoir exceptionnel.

This was an appeal from a Federal Court decision granting an application for judicial review of a decision made under the *Citizenship Act* (Act) and declaring the respondent a citizen of Canada. The Federal Court declined to certify in its judgment a question of general importance. By paragraph 22.2(d) of the Act, no appeal lies to the Federal Court of Appeal from a judgment of the Federal Court on judicial review with respect to any matter under the Act, absent a certified question. Despite this preclusive clause, the appellant, on appeal, relied on the case law of the Federal Court of Appeal holding that paragraph 22.2(d) and other preclusive clauses in the Act and in the *Immigration and Refugee Protection Act* will not, in certain circumstances, bar an appeal from a decision in respect of which no question has been certified. Under paragraph 3(1)(b) of the Act, a person “is” a citizen by descent if the person was born outside Canada after February 14, 1977, and if, at the time of the person’s birth, one of the person’s parents, other than an adoptive parent, was a Canadian citizen. Since 2009, citizenship by descent under paragraph 3(1)(b) has been limited by paragraph 3(3)(b) to the first generation born outside Canada to a Canadian parent. However, the first generation limit in paragraph 3(3)(b) is subject to, among other things, the Crown servant exception set out in paragraph 3(5)(b). Under this exception, the first generation limit does not apply to a person born to a parent one or both of whose parents, at the time of that parent’s birth, were employed outside Canada in the federal public administration or the public service of a province.

The respondent is three years old, was born in the U.S., and was represented by his biological father who is a Canadian citizen. The respondent was not the first generation to be born outside Canada: his biological father (biological father or guardian at law) was born in 1971 in Malaysia to Canadian parents and his father was working there as a university professor retained by the Government of Canada. The respondent’s biological father applied for a certificate of Canadian citizenship on behalf of the respondent under subsection 12(1) of the Act and all the necessary documents were submitted. The application was considered by a citizenship officer who concluded that, because employment abroad with a Canadian university did not fall under the categories of Crown service, the Crown servant exception of paragraph 3(5)(b) of the Act did not apply. Thus, the officer concluded that the respondent did not meet the legislative requirements for citizenship.

The respondent’s biological father applied for leave and judicial review of the officer’s decision and sought a declaration that his son was a Canadian citizen. He alternatively asked that the officer’s decision be set aside and the matter sent back for redetermination. Leave was granted and the Federal Court considered the guardian at law’s request for declaratory relief. The Federal Court concluded that the case warranted the exceptional

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue au titre de la *Loi sur la citoyenneté* (Loi) et déclarant que l’intimé était citoyen canadien. La Cour fédérale n’a pas certifié de question de portée générale dans son jugement. Selon l’alinéa 22.2(d) de la Loi, il ne peut être interjeté appel devant la Cour d’appel fédérale d’un jugement de la Cour fédérale consécutif à un contrôle judiciaire portant sur toute question régie par cette loi s’il n’y a pas de question certifiée. Malgré cette disposition privative, l’appelant, dans son appel, s’est appuyé sur la jurisprudence de la Cour d’appel fédérale concluant que l’alinéa 22.2(d) ainsi que d’autres dispositions privatives de la Loi et de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* dans certaines circonstances, n’interdisent pas qu’il soit fait appel de décisions ne comportant pas de question certifiée. Selon l’alinéa 3(1)(b) de la Loi, une personne « a qualité » de citoyen par filiation si elle est née à l’étranger après le 14 février 1977 d’un père ou d’une mère, autre qu’un père ou une mère adoptifs, ayant qualité de citoyen au moment de la naissance. Depuis 2009, l’alinéa 3(3)(b) vient limiter la citoyenneté par filiation prévue à l’alinéa 3(1)(b) à la première génération d’enfants nés à l’étranger d’un père ou d’une mère canadiens. Toutefois, la règle limitant la citoyenneté à la première génération prévue à l’alinéa 3(3)(b) est assujettie, entre autres, à l’exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l’alinéa 3(5)(b). Selon cette exception, la limite ne s’applique pas à la personne née d’un parent dont, au moment de la naissance de celui-ci, le ou les parents étaient au service, à l’étranger, de l’administration publique fédérale ou de celle d’une province.

L’intimé est âgé de trois ans, est né aux États-Unis, et était représenté par son père biologique, un citoyen canadien. L’intimé n’appartient pas à la première génération d’enfants nés à l’étranger de sa famille : son père biologique, (père biologique ou tuteur en droit) est né en 1971 en Malaisie de parents canadiens, et son père y travaillait comme professeur d’université engagé par le gouvernement du Canada. Le père biologique de l’intimé a présenté une demande de certificat de citoyenneté canadienne au nom de l’intimé au titre du paragraphe 12(1) de la Loi et tous les documents nécessaires ont été soumis. La demande a été examinée par une agente de la citoyenneté, qui a conclu que l’emploi à l’étranger pour le compte d’une université canadienne n’appartenant à ni l’une ni l’autre des catégories de services de la Couronne, l’exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l’alinéa 3(5)(b) de la Loi ne s’appliquait pas. L’agente a donc conclu que l’intimé ne satisfaisait pas aux critères légaux de citoyenneté.

Le père biologique de l’intimé a demandé l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de l’agente et a demandé une déclaration selon laquelle son fils était un citoyen canadien. Subsidiairement, il a demandé que la décision de l’agente soit annulée et que l’affaire soit renvoyée pour nouvel examen. La demande d’autorisation a été accueillie et la Cour fédérale a analysé la demande de jugement déclaratoire du

remedy of a directed verdict and declined to return the matter for redetermination. It affirmed that the father of the guardian at law had served abroad as a Crown servant at the relevant time and that the respondent was a Canadian citizen as a matter of law. While the appellant's request to have a question certified was denied by the Federal Court, in presenting a notice of appeal, the appellant claimed that the Federal Court's decision fell within the "narrow exception" to the certified question requirement because the Federal Court had made two "jurisdictional" errors. These errors, argued the appellant, were in impermissibly granting a declaration of fact and in "usurping" the decision-making role of the appellant under the Act and resulted in the Federal Court awarding relief not available on judicial review under the *Federal Courts Act*. The respondent brought a motion against proceeding with the appeal but this motion was dismissed.

The main issues were whether the appeal was barred by paragraph 22.2(d) of the Act and, in particular, whether the Federal Court impermissibly granted a declaration of fact and whether it usurped the role of the appellant.

Held (Near J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Laskin J.A. (Webb J.A. concurring): The relevant provision in this case was paragraph 22.2(d) of the Act which governs judicial review applications under the Act. The case law establishes that certain types of errors will justify hearing an appeal in the face of a preclusive clause. These include, for example, bias or a reasonable apprehension of bias on the part of the judge at first instance, and refusal to exercise jurisdiction. Case law has not defined the exceptions to preclusive clauses particularly well. On hearing the respondent's motion, the Federal Court of Appeal provided a better explanation of the circumstances in which it will be appropriate to entertain an appeal despite a preclusive clause. However, there was no need in this case to revisit the nature and scope of the exceptions or to decide in this case whether to adopt the Federal Court of Appeal's formulation or variation of such exceptions. That is because the errors that the Federal Court was alleged to have made either were not errors at all or were ordinary errors, of a kind that did not displace the preclusive clause in paragraph 22.2(d) of the Act, regardless of how the currently recognized exceptions to the preclusive clauses were expressed.

The substantive relief granted by the Federal Court was a declaration that the respondent was a citizen of Canada. The Federal Court has authority to issue declaratory relief in deciding an application for judicial review. Its power to do so is found in paragraph 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, by which it may grant

tuteur en droit. Elle a conclu que l'affaire justifiait la mesure de réparation exceptionnelle d'une décision imposée et elle a refusé de renvoyer l'affaire pour nouvelle décision. Elle a affirmé que le père du tuteur en droit était un fonctionnaire de l'État à l'étranger au moment pertinent et que l'intimé était légalement citoyen canadien. Si sa demande de certification d'une question a été rejetée par la Cour fédérale, dans la présentation d'un avis d'appel, l'appellant a cependant fait valoir que la décision de la Cour fédérale faisait partie des « exceptions limitées » à l'exigence de la question certifiée, car la Cour fédérale avait commis deux erreurs de « compétence ». L'appellant a soutenu qu'elle a commis ces erreurs en prononçant une déclaration de fait alors qu'elle ne le pouvait pas et en « usurpant » le rôle de décideur que la Loi confère à l'appellant, de sorte que la Cour fédérale a accordé une mesure de réparation qu'elle n'avait pas le pouvoir d'accorder dans un contrôle judiciaire régi par la *Loi sur les Cours fédérales*. L'intimé a déposé une requête afin qu'il ne soit pas donné suite à l'appel, mais cette requête a été rejetée.

Il s'agissait principalement de savoir si l'alinéa 22.2d) de la Loi empêche qu'un appel soit interjeté et, plus particulièrement, si la Cour fédérale a prononcé une déclaration de fait sans en avoir le pouvoir et si elle a usurpé le rôle de l'appellant.

Arrêt (le juge Near, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

Le juge Laskin, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La disposition pertinente en l'espèce était l'alinéa 22.2d) de la Loi, qui régit les demandes de contrôle judiciaire présentées en application de cette loi. La jurisprudence a établi que certains types d'erreurs justifient l'audition d'un appel malgré une disposition privative. Parmi ces types d'erreurs se trouvent la partialité ou la crainte raisonnable de partialité du juge de première instance ainsi que le refus de celui-ci d'exercer sa compétence. La jurisprudence n'a pas très bien délimité la portée des exceptions aux dispositions privatives. Dans le cadre de l'audition de la requête de l'intimé, la Cour d'appel fédérale a donné une explication plus claire des circonstances dans lesquelles il conviendrait d'entendre un appel malgré la disposition privative. Toutefois, il n'était pas nécessaire en l'espèce de revoir la nature et la portée des exceptions ou de décider s'il convenait ou non d'adopter la formulation de la Cour d'appel fédérale ou une variation de ces exceptions. Il en est ainsi parce que les erreurs qu'aurait commises la Cour fédérale n'étaient pas des erreurs du tout ou étaient des erreurs ordinaires d'une nature qui ne justifie pas que soit écartée la disposition privative de l'alinéa 22.2d) de la Loi, quelle que soit la façon dont les exceptions actuellement reconnues à cette disposition sont formulées.

La principale mesure de réparation accordée par la Cour fédérale était un jugement déclaratoire selon lequel l'intimé était un citoyen du Canada. La Cour fédérale peut prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'elle tranche une demande de contrôle judiciaire. Ce pouvoir lui est conféré par l'alinéa 18(1)a) de la *Loi*

declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal. The appellant argued that the Federal Court exceeded its powers to grant declaratory relief under subsections 18(1) and 18.1(3) of the *Federal Courts Act* by issuing a declaration of fact. Status as a citizen of Canada by descent may be the subject of a declaration. This Court has previously held that Canadian citizenship is “a creature of federal statute” with “no meaning apart from statute”. It is the Act itself—in this case paragraph 3(1)(b)—that confers citizenship by descent. It is not granted by the appellant but rather is acquired by birth. Contrary to the appellant’s submission, a declaration of citizenship is thus, at a minimum, not “solely” a declaration of fact. The nature of the Federal Court’s declaration was therefore not a basis to conclude that the preclusive clause did not apply.

With respect to the appellant’s submission that the Federal Court usurped the role of the appellant, the law of judicial review recognizes a power on the part of a reviewing court to substitute its view for that of the administrative decision maker, provided that certain conditions are met. The Federal Court therefore did not err in holding that this remedy was available to it if these conditions were satisfied. At a minimum, substitution of the Court’s views for those of the administrative decision maker can be achieved indirectly, or in effect, through remedies that the *Federal Courts Act* sets out. While indirect substitution is a recognized, albeit exceptional, power under the law of judicial review, that law also recognizes a power even of direct substitution, in which the court itself grants the relief sought from the administrative decision maker—again, in exceptional circumstances.

In this case, the application to the appellant was for a certificate of Canadian citizenship under subsection 12(1) of the Act but the Federal Court did not grant that relief. What it granted, having found that there was only one reasonable conclusion on the question whether the respondent was a citizen, was a declaration that would as a practical matter require that the appellant issue a certificate. This type of substitution remedy may follow in the exceptional cases in which a court determines that substitution is warranted. The Federal Court’s finding in this matter that the father of the respondent’s biological father was a Crown servant and the finding of futility in returning the matter to the appellant for redetermination brought this case into the class of exceptional cases in which relief amounting to substitution was recognized as appropriate. Although the Federal Court may have erred in certain respects in this case, these errors constituted “mere” or “everyday” errors of a kind that the Federal Court of Appeal regularly corrects in the absence of a preclusive clause. They did not reach a level that would bring this case into any of the categories of cases in which the Federal Court of Appeal

sur les Cours fédérales, lequel dispose qu’elle peut prononcer un jugement déclaratoire contre tout office fédéral. L’appelant a soutenu que la Cour fédérale a outrepassé son pouvoir de rendre des jugements déclaratoires en vertu des paragraphes 18(1) et 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* en prononçant une déclaration de fait. Le statut de citoyen canadien par filiation pourrait faire l’objet d’un jugement déclaratoire. La Cour a conclu par le passé que la citoyenneté canadienne était « une création statutaire fédérale » qui « n’a pas de sens autre que celui que lui reconnaît la loi ». C’est la Loi en soi, en l’occurrence l’alinéa 3(1)(b), qui confère la citoyenneté par filiation. Cette citoyenneté n’est pas attribuée par l’appelant, elle est acquise de naissance. Contrairement à ce qu’a soutenu l’appelant, un jugement déclaratoire établissant la citoyenneté d’une personne, à tout le moins, n’est pas « seulement » une déclaration de fait. La nature du jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale ne justifiait donc pas qu’il soit conclu à l’inapplicabilité de la disposition privative.

En ce qui concerne l’argument de l’appelant selon lequel la Cour fédérale a usurpé son rôle, le droit relatif au contrôle judiciaire reconnaît à la cour de révision le pouvoir de substituer son point de vue à celui du décideur administratif, sous réserve du respect de certaines conditions. La Cour fédérale n’a donc pas commis d’erreur en concluant que cette mesure de réparation était à sa disposition si les conditions étaient réunies. À tout le moins, la Cour peut substituer ses conclusions à celles d’un décideur administratif indirectement ou, en fait, au moyen des mesures de réparation prévues par la *Loi sur les Cours fédérales*. La substitution indirecte est un pouvoir reconnu, quoiqu’exceptionnel, dans le droit régissant le contrôle judiciaire, mais le droit reconnaît également un pouvoir de substitution directe, c’est-à-dire lorsque la Cour accorde elle-même la réparation demandée au décideur administratif, encore une fois, dans des circonstances exceptionnelles.

En l’espèce, la demande adressée à l’appelant visait l’obtention d’un certificat de citoyenneté canadienne conformément au paragraphe 12(1) de la Loi, mais la Cour fédérale n’a pas accordé cette mesure. Après avoir conclu qu’il n’existait qu’une conclusion raisonnable à la question de la citoyenneté de l’intimé, la Cour fédérale a prononcé un jugement déclaratoire qui, dans les faits, obligera l’appelant à délivrer un certificat. Ce type de réparation équivalant à une substitution pourrait être accordé dans des circonstances exceptionnelles, lorsque la cour détermine que la substitution est justifiée. En raison de la conclusion de la Cour fédérale dans la présente affaire selon laquelle le père du père biologique de l’intimé était un fonctionnaire de l’État et selon laquelle il serait futile de renvoyer l’affaire à l’appelant pour nouvelle décision, la présente affaire est entrée dans la catégorie des situations exceptionnelles où l’octroi d’une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué. À supposer que la Cour fédérale ait commis des erreurs à certains égards dans la présente affaire, il s’agirait de « simples » erreurs ou d’erreurs « ordinaires » d’un type que la Cour d’appel fédérale

would be justified in disregarding the preclusive clause that Parliament enacted in paragraph 22.2(d) of the Act. Since the preclusive clause applied here, it was not appropriate ultimately to decide whether the Federal Court committed these errors in substituting its view for that of the appellant. It followed that the Federal Court's approach should not be taken to be either endorsed or disapproved of herein. Remedies amounting to substitution of the court's view for that of the administrative decision maker remain appropriate only in exceptional cases. Therefore, paragraph 22.2(d) of the Act barred the appellant's appeal, which was quashed.

Per Near J.A. (dissenting): The Federal Court concluded that the father of the respondent's biological father was a Crown servant in 1971 based on newly admitted evidence which led directly to it declaring that the respondent was a Canadian citizen. It drew this conclusion despite not having conducted a judicial review or possibly entertaining a *mandamus* application as a remedy. Accordingly, the Federal Court's declaration in these circumstances amounted to an error sufficient to conclude that the preclusive clause did not apply in this case. While this finding was sufficient to dispose of the matter and to allow the appeal, the Federal Court also usurped the role of the appellant and rendered a decision on the merits despite the fact that Parliament has given the appellant exclusive authority to determine applications made under subsection 12(1) of the Act. The Federal Court clearly substituted its decision for that of the appellant. Such a substitution is an exceptional power under the law of judicial review and is to be exercised with caution. This was not such a case. Given that the Federal Court failed to conduct a judicial review and relied upon evidence not placed before the appellant, it was not at all clear that the Federal Court's factual declaration that the respondent was a Canadian citizen was the only reasonable determination of the matter.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Citizenship Act, S.C. 2008, c. 14, s. 2(2).
Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 5(1)(b).
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3, 5, 5.1, 11, 12(1), 22.1(1), 22.2, 22.4.
Citizenship Regulations, No. 2, SOR/2015-124, s. 14.
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], s. 91(24).

corrige fréquemment lorsqu'il n'y a pas de disposition privative. Ces erreurs ne seraient pas suffisamment graves pour faire entrer la présente affaire dans l'une ou l'autre des catégories de situations justifiant que la Cour d'appel fédérale fasse abstraction de la disposition privative adoptée par le législateur à l'alinéa 22.2d) de la Loi. Étant donné que la disposition privative s'appliquait en l'espèce, il n'appartenait pas à la Cour d'appel fédérale de déterminer si la Cour fédérale a commis ou non ces erreurs lorsqu'elle a substitué sa conclusion à celle de l'appellant. Il s'en est suivi qu'on ne pouvait pas considérer que la démarche de la Cour fédérale a été adoptée ou rejetée en l'espèce. Les mesures de réparation équivalant à substituer la conclusion de la cour à celle du décideur administratif ne devraient être accordées que dans des situations exceptionnelles. Pour ces motifs, l'alinéa 22.2d) de la Loi empêchait l'appellant de faire appel, lequel a été annulé.

Le juge Near, J.C.A. (dissent) : La Cour fédérale a conclu que le père du père biologique de l'intimé était un fonctionnaire de la Couronne en 1971 à la lumière des nouveaux éléments de preuve, ce qui l'a menée à déclarer que l'intimé était citoyen canadien. Elle a tiré cette conclusion sans faire de contrôle judiciaire ni examiner la possibilité de recourir au *mandamus*. En conséquence, le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale dans ces circonstances constituait une erreur suffisamment grave pour que l'on conclue que la disposition privative ne s'appliquait pas en l'espèce. Cette conclusion suffisait pour trancher la question et accueillir l'appel. Toutefois, la Cour fédérale a également usurpé le rôle de l'appellant et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré à l'appellant le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre du paragraphe 12(1) de la Loi. La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle de l'appellant. Une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence. Tel n'a pas été le cas en l'espèce. Étant donné que la Cour fédérale n'a pas effectué de contrôle judiciaire et qu'elle s'est fondée sur des éléments de preuve dont l'appellant ne disposait pas, il n'était pas du tout manifeste que la déclaration de fait de la Cour fédérale voulant que l'intimé ait qualité de citoyen fût la seule issue raisonnable.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté, L.C. 2008, ch. 14, art. 2(2).
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3, 5, 5.1, 11, 12(1), 22.1(1), 22.2, 22.4.
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, ch. C-19, art. 5(1)(b).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1),(3), 18.1, 27(1)(a),(c), 28, 52.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 64, 72, 74.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 75(2).
Specific Claims Tribunal Act, S.C. 2008, c. 22.

Loi sur le Tribunal des revendications particulières, L.C. 2008, ch. 22.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1),(3), 18.1, 27(1)a,c), 28, 52.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 75(2).
Règlement n° 2 sur la citoyenneté, DORS/2015-124, art. 14.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 64, 72, 74.

CASES CITED

APPLIED:

Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration), 2016 FCA 178, 485 N.R. 186; *Giguère v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 1, [2004] 1 S.C.R. 3.

CONSIDERED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant, 2018 FCA 132; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 144; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley*, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 1 S.C.R. viii, (2012), 435 N.R. 391; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 252 N.R. 68, 1999 CarswellNat 2541 (WL) (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 1 S.C.R. xiii; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lazareva*, 2005 FCA 181, 335 N.R. 21; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Makara v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 189; *Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 49 F.T.R. 285, 1991 CarswellNat 291 (WL) (F.C.T.D.); *LeBar v. Canada*, [1989] 1 F.C. 603, (1988), 90 N.R. 5 (C.A.); *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99, 430 D.L.R. (4th) 621; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691, 1992 CanLII 8572 (C.A.); *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 349, [2008] 3 F.C.R. 324, 286 D.L.R. (4th) 385; *Assal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 505; *Schlesinger v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 CanLII 92532, 2015 CarswellNat 8549 (WL) (I.R.B.); *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Rafuse*, 2002 FCA 31, 286 N.R. 385; *Xie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125, 1994 CarswellNat 484 (WL) (T.D.); *Jada Fishing Co. Ltd. v. Canada (Minister of*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2016 CAF 178; *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 1, [2004] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant, 2018 CAF 132; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 144; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley*, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2012] 1 R.C.S. viii; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk*, 1999 CanLII 9238, 1999 CarswellNat 5631 (WL) (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] 1 R.C.S. xiii; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Edwards*, 2005 CAF 176; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Lazareva*, 2005 CAF 181; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Makara c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 189; *Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 944 (QL) (1^{re} inst.); *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F. 603 (C.A.); *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691, 1992 CanLII 8572 (C.A.); *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 349, [2008] 3 R.C.F. 324; *Assal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 505; *Schlesinger c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CanLII 92532, 2015 CarswellNat 8550 (WL) (C.I.S.R.); *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Rafuse*, 2002 CAF 31; *Xie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125, 1994 CarswellNat 484 (WL) (C.F. 1^{re} inst.); *Jada Fishing Co. Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 103, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée,

Fisheries and Oceans), 2002 FCA 103, 288 N.R. 237, leave to appeal to S.C.C. refused [2002] 4 S.C.R. vi; *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 149; *Turanskaya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 314, 1995 CarswellNat 1163 (WL) (T.D.), affd (1997), 145 D.L.R. (4th) 259, 210 N.R. 235 (F.C.A.); *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199, 120 D.L.R. (3d) 1; *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board*, 2009 ONCA 234, 311 D.L.R. (4th) 109; *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772; *Canada v. Williams Lake Indian Band*, 2016 FCA 63, 396 D.L.R. (4th) 164, reversed on other grounds, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Canada (Attorney General) v. Bétournay*, 2018 FCA 230, 48 Admin. L.R. (6th) 71.

REFERRED TO:

Benner v. Canada (Secretary of State), [1997] 1 S.C.R. 358, (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Housen v. Nikolaison*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Sturgeon Lake Cree Nation v. Hamelin*, 2018 FCA 131, 424 D.L.R. (4th) 366; *Tennina v. Canada (National Revenue)*, 2010 FCA 25, 402 N.R. 1; *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 235 N.R. 305, 1999 CarswellNat 157 (WL) (F.C.A.); *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255; *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3, 432 N.R. 261, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 3 S.C.R. viii, (2012), 440 N.R. 398; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; *Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 223, [2012] 2 F.C.R. 243; *Crevier v. A.G. (Québec) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 F.C.R. 3; *R. v. Shore Disposal Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 219, 16 N.S.R. (2d) 538 (C.A.); *Telecommunication Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Services Inc.*, 2007 MBCA 85, 214 Man. R. (2d) 284; *Canada (Human Resources Development and Social Development) v. Layden*, 2009 FCA 14; *Adamson v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, 2015 FCA 153, [2016] 2 F.C.R. 75, 474 N.R. 136, leave to appeal to S.C.C. refused, [2016] 1 S.C.R. v; *Canada (Attorney General) v. Burnham*, 2008 FCA 380, 384 N.R. 149; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Canada (Public Safety*

[2002] 4 R.C.S. vi; *Première Nation de Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 149; *Turanskaya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1776 (QL) (1^{re} inst.), conf. par [1997] A.C.F. n° 254 (QL) (C.A.); *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199; *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board*, 2009 ONCA 234, 311 D.L.R. (4th) 109; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772; *Canada c. Bande indienne de Williams Lake*, 2016 CAF 63, infirmé pour d'autres motifs par 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Canada (Procureur général) c. Bétournay*, 2018 CAF 230.

DÉCISIONS CITÉES :

Benner c. Canada (Secrétaire d'État), [1997] 1 R.C.S. 358; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Housen c. Nikolaison*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Sturgeon Lake Cree Nation c. Hamelin*, 2018 CAF 131; *Tennina c. Canada (Revenu national)*, 2010 FCA 25; *Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 7421 (C.A.F.); *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255; *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2012] 3 R.C.S. viii; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391; *Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 223, [2012] 2 R.C.F. 243; *Crevier c. P.G. (Québec) et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 R.C.F. 3; *R. v. Shore Disposal Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 219, 16 N.S.R. (2d) 538 (C.A.); *Telecommunication Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Services Inc.*, 2007 MBCA 85, 214 Man. R. (2d) 284; *Canada (Ressources humaines et Développement social) c. Layden*, 2009 CAF 14; *Adamson c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2015 CAF 153, [2016] 2 R.C.F. 75, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2016] 1 R.C.S. v; *Canada (Procureur général) c. Burnham*, 2008 CAF 380; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55; *D'Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205; *R. c. Rowbotham*; *R. c. Roblin*, [1994] 2 R.C.S. 463; *Retail*

and Emergency Preparedness) v. *LeBon*, 2013 FCA 55, 444 N.R. 93; *D'Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205; *R. v. Rowbotham*; *R. v. Roblin*, [1994] 2 S.C.R. 463, (1993), 168 N.R. 220; *Retail, Wholesale Department Store Union v. Yorkton Cooperative Association*, 2017 SKCA 107; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2014 ABCA 199, 575 A.R. 325; *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2010 QCCA 2053, [2010] R.J.Q. 2322, leave to appeal to S.C.C. refused, [2011] 2 S.C.R. v; *Renaud v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, 184 D.L.R. (4th) 441; *Bessette v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 SCC 31, 433 D.L.R. (4th) 631; *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. South Coast British Columbia Transportation Authority*, 2018 BCCA 344, 426 D.L.R. (4th) 333; *Sharma v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 48; *Canada (Attorney General) v. Allard*, 2018 FCA 85.

AUTHORS CITED

Martin, Paul. “The Declaratory Judgment” (1931) 9 *Can. Bar Rev.* 540.

APPEAL from a Federal Court decision (2018 FC 151) granting an application for judicial review of a decision made under the *Citizenship Act* and declaring the respondent a citizen of Canada. Appeal dismissed, Near J.A. dissenting.

APPEARANCES

Gregory G. George, David Joseph and Eleanor Elstub for appellant.
Martha A. Cook for respondent.
Michael A. Bossin and Laïla Demirdache for interveners.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Martha Cook Professional Corporation, Stratford, for respondent.
Ottawa Community Legal Services, Ottawa, for interveners.

Wholesale Department Store Union v. Yorkton Cooperative Association, 2017 SKCA 107; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2014 ABCA 199, 575 A.R. 325; *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2010 QCCA 2053, [2010] R.J.Q. 2322, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2011] 2 R.C.S. v; *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Bessette c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2019 CSC 31; *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. South Coast British Columbia Transportation Authority*, 2018 BCCA 344, 426 D.L.R. (4th) 333; *Sharma c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 48; *Canada (Procureur général) c. Allard*, 2018 CAF 85.

DOCTRINE CITÉE

Martin, Paul. “The Declaratory Judgment” (1931) 9 *R. du B.* 540.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2018 CF 151), qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue au titre de la *Loi sur la citoyenneté* et déclarant que l’intimé était citoyen canadien. Appel rejeté, le juge Near, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU :

Gregory G. George, David Joseph et Eleanor Elstub pour l’appelant.
Martha A. Cook pour l’intimé.
Michael A. Bossin et Laïla Demirdache pour l’intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour l’appelant.
Martha Cook Professional Corporation, Stratford, pour l’intimé.
Services juridiques communautaires d’Ottawa, Ottawa, pour l’intervenante.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LASKIN J.A.:

I. Overview

[1] In granting an application for judicial review of a decision made under the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, a judge of the Federal Court declared that Andrew James Fisher-Tennant is a citizen of Canada: *Fisher-Tennant v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 151 (Ahmed J.). The application Judge declined to certify in his judgment a question of general importance. By paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*, no appeal lies to this Court from a judgment of the Federal Court on judicial review with respect to any matter under the Act, absent a certified question.

[2] Despite this preclusive clause, the Minister of Citizenship and Immigration appeals from the application Judge's decision. He relies on the jurisprudence of this Court holding that paragraph 22.2(d) and other preclusive clauses in the *Citizenship Act* and the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), will not, in certain circumstances, bar an appeal from a decision in respect of which no question has been certified. The Minister argues that the application Judge committed two "jurisdictional" errors that permit the appeal to proceed. These errors, the Minister argues, were in impermissibly granting a declaration of fact and in "usurping" the decision-making role of the Minister under the *Citizenship Act*, and they resulted in the application Judge awarding relief not available on judicial review under the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

[3] The respondent, Andrew, is three years old. He is represented in this proceeding by his biological father, Jonathan Tennant, who submits that the application Judge committed no error that would permit an appeal to this Court in the absence of a certified question.

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

LE JUGE LASKIN, J.C.A. :

I. Aperçu

[1] En accueillant la demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue au titre de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, ch. C-29, un juge de la Cour fédérale a déclaré qu'Andrew James Fisher-Tennant était citoyen canadien (*Fisher-Tennant c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 151 (le juge Ahmed)). Le juge de première instance n'a pas certifié de question de portée générale dans son jugement. Selon l'alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*, il ne peut être interjeté appel devant notre Cour d'un jugement de la Cour fédérale consécutif à un contrôle judiciaire portant sur toute question régie par cette loi s'il n'y a pas de question certifiée.

[2] Malgré cette disposition privative, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration interjette appel de la décision du juge de première instance. Il s'appuie sur la jurisprudence de notre Cour concluant que l'alinéa 22.2d) ainsi que d'autres dispositions privatives de la *Loi sur la citoyenneté* et de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), dans certaines circonstances, n'interdisent pas qu'il soit fait appel de décisions ne comportant pas de question certifiée. Le ministre soutient que le juge de première instance a commis deux erreurs relatives à sa [TRADUCTION] « compétence », lesquelles rendent l'appel recevable. Selon lui, le juge a commis ces erreurs d'une part en prononçant une déclaration de fait alors qu'il ne le pouvait pas et d'autre part en [TRADUCTION] « usurpant » le rôle de décideur que confère au ministre la *Loi sur la citoyenneté*, de sorte que le juge de première instance a accordé une mesure de réparation qu'il n'avait pas le pouvoir d'accorder dans un contrôle judiciaire régi par la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

[3] L'intimé, Andrew, est âgé de trois ans. Il est représenté dans l'instance par son père biologique, Jonathan Tennant, qui soutient que le juge de première instance n'a commis aucune erreur qui rendrait possible l'appel devant notre Cour sans question certifiée.

[4] For the reasons that follow, I agree with Mr. Tennant. I would therefore quash the Minister's appeal on the basis that it is barred by paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*.

II. Background

A. *Citizenship by descent*

[5] Part I of the *Citizenship Act* bears the heading "The Right to Citizenship." By paragraph 3(1)(b) of the Act, which is included in Part I under the subheading "Persons who are citizens," and subject to the Act's other provisions, a person "is" a citizen by descent if the person was born outside Canada after February 14, 1977, and if, at the time of the person's birth, one of the person's parents, other than an adoptive parent, was a Canadian citizen.

[6] Since 2009, citizenship by descent under paragraph 3(1)(b) has been limited by paragraph 3(3)(b) to the first generation born outside Canada to a Canadian parent: *An Act to amend the Citizenship Act*, S.C. 2008, c. 14, subsection 2(2).

[7] However, the first generation limit in paragraph 3(3)(b) is subject to, among other things, the Crown servant exception set out in paragraph 3(5)(b). Under this exception, the first generation limit does not apply to a person "born to a parent one or both of whose parents, at the time of that parent's birth, were employed outside Canada in or with the Canadian Armed Forces, the federal public administration or the public service of a province, otherwise than as a locally engaged person."

[8] In this case, Andrew was born in November 2015 in the United States. Mr. Tennant, a Canadian citizen, is his biological father, and Marc Fisher, an American citizen by birth, his adoptive father. But Andrew was not the first generation to be born outside Canada: his biological father, Mr. Tennant, was born in 1971 in Malaysia, to Dr. Paul Tennant and Susan Carey, Canadian citizens by birth, while Dr. Tennant was working in that country. At birth, Mr. Tennant was a Canadian citizen under paragraph 5(1)(b) of the former *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19, which provided that a person born

[4] Pour les motifs qui suivent, je souscris à l'avis de Jonathan Tennant. Je rejetterais donc l'appel du ministre au motif qu'il est irrecevable aux termes de l'alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*.

II. Les faits

A. *La citoyenneté par filiation*

[5] La partie I de la *Loi sur la citoyenneté* porte le titre « Le droit à la citoyenneté ». Selon l'alinéa 3(1)b) de cette loi, qui se trouve dans la partie I sous l'intertitre « Citoyens », sous réserve des autres dispositions de la Loi, une personne « a qualité » de citoyen par filiation si elle est née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère, autre qu'un père ou une mère adoptifs, ayant qualité de citoyen au moment de la naissance.

[6] Depuis 2009, l'alinéa 3(3)b) vient limiter la citoyenneté par filiation prévue à l'alinéa 3(1)b) à la première génération d'enfants nés à l'étranger d'un père ou d'une mère canadiens (*Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté*, L.C. 2008, ch. 14, au paragraphe 2(2)).

[7] Toutefois, la règle limitant la citoyenneté à la première génération prévue à l'alinéa 3(3)b) est assujettie, entre autres, à l'exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l'alinéa 3(5)b). Ainsi, selon cette exception, la limite ne s'applique pas à « la personne née d'un parent dont, au moment de la naissance de celui-ci, le ou les parents étaient, sans avoir été engagés sur place, au service, à l'étranger, des Forces armées canadiennes ou de l'administration publique fédérale ou de celle d'une province ».

[8] En l'espèce, Andrew est né en novembre 2015 aux États-Unis. Jonathan Tennant est citoyen canadien et le père biologique d'Andrew, tandis que Marc Fisher est citoyen américain de naissance et son père adoptif. Cependant, Andrew n'appartient pas à la première génération d'enfants nés à l'étranger de sa famille : son père biologique, Jonathan Tennant, est né en 1971 en Malaisie alors que le père de ce dernier, Paul Tennant, Ph. D., et sa mère, Susan Carey, tous deux citoyens canadiens de naissance, y résidaient et que Paul Tennant y travaillait. À sa naissance, Jonathan Tennant avait qualité de citoyen canadien au titre

outside of Canada was a Canadian citizen if his or her father was a citizen.

[9] It follows that unless the Crown servant exception applies—unless Andrew’s grandfather, Dr. Tennant, was employed in Malaysia “in or with ... the federal public administration or the public service of a province” at the time that Andrew’s biological father, Mr. Tennant, was born—the first generation limit in paragraph 3(3)(b) applies to Andrew, who is then not a citizen by descent. Conversely, if the Crown servant exception applies, Andrew is a citizen by descent under paragraph 3(1)(b).

[10] By contrast to section 3, under which certain persons have the status of citizen at birth, section 5 of the Act, under the subheading “Grant of citizenship,” provides for the acquisition of citizenship by certain categories of persons through a grant of citizenship by the Minister, on application. Sections 5.1 and 11 also provide for citizenship on application and by grant. The Supreme Court recognized and discussed the distinction between citizenship at birth and citizenship by grant in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paragraphs 2–4, (1997), 143 D.L.R. (4th) 577. I will return to this distinction later in these reasons.

B. *Application for certificate of citizenship*

[11] Mr. Tennant applied for a certificate of Canadian citizenship on Andrew’s behalf under subsection 12(1) of the *Citizenship Act*. That provision states that the Minister must, on application, determine if a person is a citizen, and, if they are, must (subject to any applicable regulations) issue a certificate of citizenship or provide them with some other means to establish their citizenship.

[12] Mr. Tennant set out in the application that he had been born in Malaysia in 1971, at a time when his father, Dr. Tennant, was employed there as a Crown servant. In

de l’alinéa 5(1)b) de l’ancienne *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19. À l’époque, cet alinéa prévoyait qu’une personne née à l’étranger avait qualité de citoyen si son père était citoyen canadien.

[9] Il s’ensuit qu’à moins que ne s’applique l’exception relative aux personnes au service de la Couronne, c’est-à-dire, à moins que le grand-père d’Andrew, Paul Tennant, n’ait travaillé en Malaisie « au service, à l’étranger, des Forces armées canadiennes ou de l’administration publique fédérale ou de celle d’une province » au moment de la naissance de son père, Jonathan Tennant, la limite relative à la première génération prévue à l’alinéa 3(3)b) s’applique à Andrew, qui ne serait alors pas citoyen canadien par filiation. Inversement, si l’exception relative aux personnes au service de la Couronne s’applique, alors Andrew a qualité de citoyen par filiation en vertu de l’alinéa 3(1)b).

[10] Si l’article 3 prévoit les circonstances dans lesquelles une personne a qualité de citoyen dès la naissance, quant à lui l’article 5 de la *Loi sur la citoyenneté*, sous l’intertitre « Attribution de la citoyenneté », dispose que certaines catégories de personnes peuvent acquérir la citoyenneté sur demande, si le ministre leur attribue ce statut. Les articles 5.1 et 11 prévoient également l’attribution de la citoyenneté sur demande. La Cour suprême du Canada a reconnu et analysé la distinction qui existe entre la citoyenneté de naissance et l’attribution de citoyenneté dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, aux paragraphes 2 à 4. Je reviendrai sur cette distinction plus loin dans les présents motifs.

B. *La demande de certificat de citoyenneté*

[11] Jonathan Tennant a présenté une demande de certificat de citoyenneté au nom d’Andrew au titre du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Selon cette disposition, le ministre doit, sur demande, décider si la personne a qualité de citoyen et, si tel est le cas, sous réserve des règlements applicables, lui délivrer un certificat de citoyenneté ou lui fournir un autre moyen de prouver sa qualité de citoyen.

[12] Jonathan Tennant a écrit dans la demande qu’il est né en Malaisie en 1971 alors que son père, Paul Tennant, y travaillait au service de la Couronne. Dans l’espace

the space provided in which to include “[d]etails on Crown service”, Mr. Tennant indicated that his father had been a “University professor retained by the Government of Canada under a scheme established between Canada and Malaysia for technical co-operation”.

[13] Mr. Tennant included a copy of his father’s passport, issued April 1, 1971, in support of Andrew’s application. The passport contained a temporary employment visa, “[f]or employment as Lecturer with The University of Penang under Colombo Plan”, as well as an inscription, reading:

THE BEARER IS PROCEEDING TO MALAYSIA AS A UNIVERSITY PROFESSOR RETAINED BY THE GOVERNMENT OF CANADA UNDER THE SCHEME ESTABLISHED BETWEEN CANADA AND MALAYSIA FOR TECHNICAL CO-OPERATION.

[14] Mr. Tennant also included a letter from the University of British Columbia, indicating that Dr. Tennant taught at the University of Penang from 1971 to 1973, and that the University of British Columbia paid his salary and benefits during this period, for which it was then reimbursed by the Canadian International Development Agency of the Government of Canada. Finally, he provided a copy of Dr. Tennant’s application for registration of Mr. Tennant’s birth abroad, which stated that Dr. Tennant was “SERVING ON A CIDA PROJECT” at the time of Mr. Tennant’s birth.

[15] The application was considered by a citizenship officer of Citizenship and Immigration Canada. She wrote to Citizenship and Passport Program Guidance, with the subject line “Verification of crown servant employment”, asking whether the documentation provided by Mr. Tennant was “acceptable in order to apply [the] crown servant grandparent exception”. A senior program advisor responded several months later. He stated that “employment with the University of British Columbia ... would not qualify for the grandparent Crown servant exception”, because employment abroad with the University of British Columbia “[did] not fall under either the ‘federal public administration’ or ‘public service of a province’ categories of Crown service”. He also stated that, if Mr. Tennant

prévu pour les « [d]étails sur le service de la Couronne », Jonathan Tennant a écrit que son père était [TRADUCTION] « un professeur d’université engagé par le gouvernement du Canada dans le cadre d’une entente de coopération technique entre le Canada et la Malaisie ».

[13] Jonathan Tennant a joint une copie du passeport de son père, délivré le 1^{er} avril 1971, à l’appui de la demande d’Andrew. Le passeport contenait un visa de travail temporaire [TRADUCTION] « pour un emploi de professeur à l’Université de Penang dans le cadre du Plan Colombo ». Il portait également l’inscription suivante :

[TRADUCTION] LE DÉTENTEUR SE REND EN MALAISIE À TITRE DE PROFESSEUR D’UNIVERSITÉ DONT LES SERVICES SONT RETENUS PAR LE GOUVERNEMENT DU CANADA DANS LE CADRE DE L’ENTENTE DE COOPÉRATION TECHNIQUE ÉTABLIE ENTRE LE CANADA ET LA MALAISIE.

[14] Jonathan Tennant a également inclus une lettre de l’Université de la Colombie-Britannique attestant que Paul Tennant avait enseigné à l’Université de Penang de 1971 à 1973 et que c’était l’Université de la Colombie-Britannique qui payait son salaire et ses avantages sociaux durant cette période. Ces frais étaient ensuite remboursés par l’Agence canadienne de développement international du gouvernement du Canada. Finalement, il a fourni une copie de la demande d’enregistrement de naissance à l’étranger, dans laquelle son père avait écrit qu’il travaillait [TRADUCTION] « au service d’un projet de l’ACDI » au moment de sa naissance.

[15] La demande a été examinée par une agente de la citoyenneté de Citoyenneté et Immigration Canada. Elle s’est adressée par écrit à la Direction de l’orientation des programmes de citoyenneté et de passeport. L’objet de sa lettre était : [TRADUCTION] « Vérification de l’emploi au service de la Couronne ». Elle y demandait si les documents fournis par Jonathan Tennant étaient [TRADUCTION] « recevables pour que s’applique l’exception relative aux grands-parents au service de la Couronne ». Un conseiller principal du programme lui a répondu plusieurs mois plus tard. Il a affirmé qu’un [TRADUCTION] « emploi à l’Université de la Colombie-Britannique [...] n’ouvre pas droit à l’exception relative aux grands-parents au service de la Couronne », car l’emploi à l’étranger pour le compte de l’Université de la

had documentation demonstrating that Dr. Tennant was employed abroad by the Canadian government during the relevant period, “we would take it into consideration”.

[16] The officer prepared a memorandum concerning Andrew’s application, setting out her conclusion that the Crown servant exception was not applicable, “[a]s per information received and through verification with [Citizenship and Passport Program Guidance]”. The officer wrote to Mr. Tennant advising of her decision, stating that Andrew did not meet the legislative requirements for citizenship.

C. Application for judicial review

[17] Mr. Tennant applied on Andrew’s behalf for leave to judicially review the officer’s decision under subsection 22.1(1) and section 22.2 of the *Citizenship Act*. In his application for leave and for judicial review, he sought a declaration that Andrew is “a Canadian citizen by virtue of meeting the requirements for Canadian citizenship pursuant to the [Citizenship Act]”, and an order in the nature of *mandamus* “compelling the Minister, within 30 days of the date of the order, to issue [Andrew] a Certificate of Citizenship”. One of the grounds asserted for relief was that Andrew “[met] the statutory requirements for Canadian citizenship by virtue of paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act* and [was] entitled to a Certificate of Citizenship”. Mr. Tennant asked in the alternative that the officer’s decision be set aside and the matter sent back for redetermination. Mr. Tennant submitted an affidavit in support of the application, as well as an affidavit sworn by Dr. Tennant.

[18] The Minister opposed the granting of leave. Mr. Tennant then raised in his reply memorandum the argument that the officer had fettered her discretion by treating the view of Citizenship and Passport Program Guidance

Colombie-Britannique [TRADUCTION] « n’appartient à ni l’une ni l’autre des catégories de services de la Couronne, soit “administration publique fédérale” et “administration publique provinciale” ». Il a également affirmé que, si Jonathan Tennant avait des documents montrant que Paul Tennant avait occupé un emploi à l’étranger pour le compte du gouvernement du Canada durant la période visée, [TRADUCTION] « nous les prendrions en considération ».

[16] L’agente a rédigé une note sur la demande d’Andrew, dans laquelle elle a écrit sa conclusion voulant que l’exception relative aux personnes au service de la Couronne ne fût pas applicable [TRADUCTION] « [s]elon les renseignements reçus et à la suite d’une vérification [auprès de la Direction de l’orientation des programmes de citoyenneté et de passeport] ». L’agente a écrit à Jonathan Tennant pour l’informer de sa décision et du fait qu’Andrew ne satisfaisait pas aux critères légaux de citoyenneté.

C. La demande de contrôle judiciaire

[17] Jonathan Tennant a demandé au nom d’Andrew l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de l’agente conformément au paragraphe 22.1(1) et à l’article 22.2 de la *Loi sur la citoyenneté*. Dans sa demande d’autorisation et de contrôle judiciaire, il a demandé une déclaration selon laquelle Andrew est [TRADUCTION] « un citoyen canadien au motif qu’il satisfait aux critères de citoyenneté canadienne prévus par la Loi sur la citoyenneté », ainsi qu’une ordonnance sous la forme d’un *mandamus* [TRADUCTION] « obligeant le ministre à délivrer un certificat de citoyenneté à Andrew dans les 30 jours suivant l’ordonnance ». Jonathan Tennant soutenait, entre autres, qu’Andrew [TRADUCTION] « répond[ait] aux exigences légales de citoyenneté canadienne en vertu de l’alinéa 3(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté et qu’il [avait] ainsi droit à un certificat de citoyenneté ». Subsidièrement, Jonathan Tennant a demandé que la décision de l’agente soit annulée et que l’affaire soit renvoyée pour nouvel examen. Jonathan Tennant a produit un affidavit à l’appui de la demande, ainsi qu’un affidavit de Paul Tennant.

[18] Le ministre s’est opposé à la demande d’autorisation. Jonathan Tennant a ensuite fait valoir dans son mémoire en réponse que l’agente avait entravé son pouvoir discrétionnaire en considérant la réponse de la Direction

as dispositive. Leave was granted, and the Minister then brought a motion in writing for judgment, conceding the issue of fettered discretion and seeking to have the officer's decision set aside and the matter remitted for reconsideration. Mr. Tennant opposed the motion on the basis that he wished to make oral submissions on Andrew's entitlement to declaratory relief.

[19] The Minister's motion and the application for judicial review were heard together by the Federal Court. In his reasons, the application Judge referred (at paragraph 14) to the parties' agreement that the officer had fettered her discretion, stating that "[t]he only dispute remaining between the parties is with respect to the issues of remedy and costs."

[20] The application Judge then addressed, under the heading "Availability of the Directed Verdict," Mr. Tennant's request for declaratory relief. He first found (at paragraphs 18–20) that this was not a case where "the decision-maker must be left to complete its work", as the "relevant factual finding was made" by the officer, "albeit not in the manner required by law", and that there was nothing further required to complete the record. As a result, he concluded, concerns over "wading into the decision-making process on the basis of an incomplete factual record" and "weigh[ing] evidence in place of the decision-maker" did not arise.

[21] The application Judge went on to consider the Minister's argument that the Federal Court is unable to make declarations pertaining solely to findings of fact. He agreed with that proposition, but disagreed that it applied, finding (at paragraph 21) that the declaration sought by Mr. Tennant—that Andrew is a Canadian citizen under section 3 of the *Citizenship Act*—was one not of fact but of law, and within the authority of the Federal Court to grant.

de l'orientation des programmes de citoyenneté et de passeport comme étant déterminante. La Cour a accueilli la demande d'autorisation, puis le ministre a déposé une requête écrite en jugement dans laquelle il concédait la question de l'entrave au pouvoir discrétionnaire et demandait l'annulation de la décision de l'agente et le renvoi de l'affaire pour un nouvel examen. Jonathan Tennant s'est opposé à la requête au motif qu'il souhaitait présenter des observations orales sur le droit d'Andrew à un jugement déclaratoire.

[19] La requête du ministre et la demande de contrôle judiciaire ont été entendues ensemble par la Cour fédérale. Dans ses motifs, le juge de première instance a affirmé (au paragraphe 14) que les parties s'entendaient sur le fait que l'agente avait entravé son pouvoir discrétionnaire et que « [l]es seules questions en litige qui demeurent entre les parties portent sur la question de la réparation et des dépens ».

[20] Le juge de première instance a ensuite analysé la demande de jugement déclaratoire de Jonathan Tennant sous le titre « La disponibilité de la décision imposée ». Il a d'abord conclu (aux paragraphes 18 à 20) qu'il ne s'agissait pas d'un cas où il fallait « laisser le décideur terminer son travail », car « la conclusion de fait pertinente a été tirée » par l'agente « bien qu'elle ne l'ait pas été de la manière exigée par la loi » et qu'aucun autre document n'était nécessaire pour compléter le dossier. En conséquence, il a conclu qu'il n'y avait pas lieu de craindre en l'espèce « d'intervenir dans le processus de décision en invoquant un dossier factuel incomplet » ni « de soupeser la preuve à la place du décideur ».

[21] Le juge de première instance a ensuite examiné l'argument du ministre voulant que la Cour fédérale ne puisse pas rendre de jugements déclaratoires portant uniquement sur des conclusions de fait. Il a souscrit à cette observation, mais il a estimé qu'elle ne s'appliquait pas à l'espèce (au paragraphe 21), parce que la déclaration demandée par Jonathan Tennant, à savoir que son fils Andrew avait qualité de citoyen en vertu de l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté*, n'était pas une question de fait, mais une question de droit, et que la Cour fédérale a compétence pour faire cette déclaration.

[22] Under the heading “Appropriateness of a Directed Verdict,” the application Judge then outlined the evidence before the officer. He found (at paragraph 28) that “[t]he only logical conclusion [was] that Dr. Tennant was in the employment of CIDA and thereby he was a Crown servant”, and stated that it would be futile to return the matter to the officer in the face of such clear evidence. He also noted (at paragraph 31) that the officer’s “approach demonstrate[d] a lack of diligence,” and that this “militate[d] in favour of a remedy that [was] commensurate with the seriousness of the consequences flowing from the [o]fficer’s conduct.” Finally, he noted that the language of section 3 of the *Citizenship Act* is itself declaratory, stating (at paragraph 33) that “once the requirements under [section] 3 are met, the person is a citizen, irrespective of Ministerial action” (emphasis in original), and that a “directed verdict” would therefore not impinge on any exercise of the Minister’s discretion.

[23] For these reasons, the application Judge concluded (at paragraphs 23 and 34–36) that the case warranted what he described as “the exceptional remedy of a directed verdict.” He expressly declined to return the matter for redetermination, writing that “any decision that fails to affirm or delay [*sic*] the recognition of [Andrew’s] citizenship would be unjust.” He reasoned that, because he had “affirmed that Dr. Tennant was serving abroad as a Crown servant” at the relevant time, Andrew was a Canadian citizen “as a matter of law.”

[24] The Minister asked that the application Judge certify the following question [at paragraph 40]:

Does the Federal Court have the jurisdiction to issue a directed verdict or a declaration that an applicant is a Canadian citizen under the *Citizenship Act*, when a decision maker has not made a factual determination that the applicant is a Canadian citizen as per the provisions of the *Citizenship Act*?

[25] The application Judge found (at paragraph 41) that this question did not merit certification. He stated that “the question as to whether the Federal Court has the jurisdiction to issue directed verdicts is already well established”, both generally and in the citizenship context.

[22] Ensuite, sous le titre « L’applicabilité de la décision imposée », le juge de première instance a résumé la preuve dont disposait l’agente. Il a conclu (au paragraphe 28) que « [l]a seule conclusion logique sur la preuve est que M. Tennant était à l’emploi de l’ACDI et était par conséquent un fonctionnaire de l’État ». Il a affirmé qu’il serait futile de renvoyer le dossier à un autre agent au vu d’une preuve aussi limpide. Il a également fait observer (au paragraphe 31) que « l’approche de l’agente démontre un manque de diligence », ce qui « milite [...] en faveur d’une réparation qui correspond à la gravité des conséquences qui découlent de la conduite de l’agente ». Finalement, il a souligné que le libellé de l’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* est déclaratoire en soi. Il a affirmé (au paragraphe 33) que, « lorsqu’il est satisfait à l’exigence prévue par l’article 3, une personne est citoyenne, indépendamment de l’action ministérielle » (souligné dans l’original) et que par conséquent rendre une « décision imposée » n’empiéterait pas sur le pouvoir discrétionnaire ministériel.

[23] Pour ces motifs, le juge de première instance a conclu (aux paragraphes 23 et 34 à 36) que l’affaire justifiait ce qu’il a appelé « la mesure de réparation exceptionnelle d’une décision imposée ». Il a expressément refusé de renvoyer l’affaire pour nouvelle décision, écrivant que « toute décision qui ne confirmerait pas la citoyenneté [d’Andrew] ou qui en retarderait la reconnaissance serait injuste ». Il a affirmé que, puisqu’il avait conclu « que M. Tennant était un fonctionnaire de l’État à l’étranger » au moment pertinent, Andrew est « légalement » citoyen canadien.

[24] Le ministre a demandé au juge de première instance de certifier la question suivante [au paragraphe 40] :

[TRADUCTION] La Cour fédérale a-t-elle compétence pour rendre une décision imposée ou un jugement déclaratoire portant qu’un demandeur est un citoyen canadien conformément à la *Loi sur la citoyenneté*, quand un décideur n’a pas tiré une conclusion de fait selon laquelle le demandeur est un citoyen canadien selon les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*?

[25] Le juge a conclu (au paragraphe 41), qu’il n’y avait pas lieu de certifier cette question. Il a affirmé que « la question de savoir si la Cour fédérale a compétence pour rendre une décision imposée est déjà bien établie » non seulement en général, mais également en matière de citoyenneté.

[26] In disposing of the proceeding, the application Judge issued the following judgment:

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. I hereby declare, Andrew James Fisher-Tennant is a citizen of Canada.
2. No costs are awarded.
3. There is no question for certification.

D. *Appeal to this Court*

[27] The Minister presented a notice of appeal to the Registry of this Court for filing. The notice stated that the application Judge’s decision fell within the “narrow exception” to the certified question requirement, because the application Judge had made two “jurisdictional” errors—issuing a declaration on a question of fact and arrogating to himself the Minister’s power under subsection 12(1) of the *Citizenship Act* to determine whether Andrew is a citizen. In accordance with rule 72 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the Registry forwarded the notice of appeal to a judge of this Court, who directed the Registry to file it.

[28] Mr. Tennant then brought a motion under rule 74 of the *Federal Courts Rules*, which provides that the Court may “at any time, order that a document that is not filed in accordance with [the Rules] be removed from the Court file.” He argued that the Minister had not established a “sufficiently arguable case” that the appeal fell within the exceptions to the certified question requirement. The Minister opposed the motion, in large part on the basis that the direction under rule 72 had determined that the appeal should proceed, and that the motion was an improper attempt to appeal from that decision. This Court dismissed the motion: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132 (Stratas J.A., sitting alone). I will discuss the reasons of my colleague Justice Stratas on the motion when I refer to the case law regarding the scope and limits of paragraph 22.2(d) and similar provisions.

[26] Le juge de première instance a rendu le jugement suivant à l’issue de l’instance :

LA COUR REND LE JUGEMENT suivant :

1. Je déclare par les présentes qu’Andrew James Fisher-Tennant est un citoyen du Canada.
2. Aucuns dépens ne sont adjugés.
3. Il n’y a aucune question à certifier.

D. *L’appel devant notre Cour*

[27] Le ministre a présenté un avis d’appel pour dépôt au greffe de notre Cour. Il était écrit dans l’avis que la décision du juge de première instance faisait partie des [TRADUCTION] « exceptions limitées » à l’exigence de la question certifiée, car le juge avait commis deux erreurs de [TRADUCTION] « compétence », soit en rendant un jugement déclaratoire sur une question de fait et en s’arrogeant le pouvoir que le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté* confère au ministre de déterminer si Andrew a qualité de citoyen. Le greffe a soumis l’avis d’appel à un juge de notre Cour conformément à la règle 72 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, lequel a donné au greffe la directive de le déposer.

[28] Jonathan Tennant a déposé une requête au titre de la règle 74 des *Règles des Cours fédérales*, lequel dispose que la Cour peut « à tout moment ordonner que soient retirés du dossier de la Cour les documents qui n’ont pas été déposés en conformité avec les présentes règles ». Il a soutenu que le ministre n’avait pas établi [TRADUCTION] « de manière suffisante et sur le fondement d’une cause défendable » que l’appel relevait des exceptions prévues à l’exigence relative à la certification d’une question. Le ministre s’est opposé à la requête, en grande partie au motif que la directive donnée en vertu de la règle 72 établissait que l’appel devait être entendu et que la requête constituait une tentative déplacée d’interjeter appel de cette décision. La Cour a rejeté la requête dans la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132 (le juge Stratas, siégeant seul). Je me pencherai sur les motifs rendus par mon collègue le juge Stratas lorsque j’examinerai la jurisprudence sur la portée et les limites de l’alinéa 22.2(d) et de dispositions similaires.

[29] Following the dismissal of Mr. Tennant’s motion, the Canadian Association of Refugee Lawyers (CARL) was granted leave to intervene in the appeal with respect to the proper interpretation of preclusive clauses and the remedial powers of the Federal Court.

III. Issue and standard of review

[30] The threshold issue is whether the Minister’s appeal is barred by paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*. In resolving this issue the Court may consider both whether the errors alleged by the Minister are of a kind that will justify hearing an appeal in the face of a preclusive clause, and whether the application Judge actually committed the errors alleged.

[31] To the extent that the Court determines whether the alleged errors on the part of the application Judge are of a kind that can justify hearing the appeal despite the preclusive clause, the Court makes this determination at first instance. No standard of review therefore applies.

[32] To the extent that the Court determines whether the application Judge actually committed the alleged errors, the administrative law standard of review in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47, applies to the application Judge’s review of the Minister’s decision, while the appellate standard of review set out in *Housen v. Nikolaison*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, applies to the application Judge’s determination of the appropriate remedy: *Sturgeon Lake Cree Nation v. Hamelin*, 2018 FCA 131, 424 D.L.R. (4th) 366, at paragraph 51.

IV. Hearing an appeal despite a preclusive clause

A. *The preclusive clauses*

[33] By paragraphs 27(1)(a) and (c) of the *Federal Courts Act*, an appeal lies to this Court from a final or interlocutory judgment of the Federal Court. However, the appeal rights set out in the *Federal Courts Act* may be overridden by other statutes: *Tennina v. Canada (National Revenue)*, 2010 FCA 25, 402 N.R. 1, at paragraph 11.

[29] Après le rejet de la requête de Jonathan Tennant, l’Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (l’ACAADR) a reçu l’autorisation d’intervenir dans le présent appel sur l’interprétation qu’il faut donner aux dispositions privatives et les pouvoirs de réparation de la Cour fédérale.

III. La question en litige et la norme de contrôle

[30] La question préliminaire est celle de savoir si l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté* empêche le ministre d’interjeter appel. Pour trancher la question, la Cour peut examiner si les erreurs alléguées par le ministre sont de nature à justifier l’audition d’un appel malgré la disposition privative et si le juge de première instance a bel et bien commis ces erreurs.

[31] Sur la question de savoir si les erreurs alléguées du juge de première instance sont de nature à justifier l’audition de l’appel malgré la disposition privative, notre Cour se prononce en première instance. Il n’y a donc aucune norme de contrôle à appliquer.

[32] Sur la question de savoir si le juge a bel et bien commis les erreurs alléguées, c’est la norme de contrôle applicable en droit administratif établie dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47, qui s’applique au contrôle judiciaire de la décision du ministre fait par le juge de première instance, alors que c’est la norme de contrôle applicable en appel établie dans l’arrêt *Housen c. Nikolaison*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, qui s’applique à la décision du juge de première instance quant à la mesure de réparation appropriée (*Sturgeon Lake Cree Nation c. Hamelin*, 2018 CAF 131, au paragraphe 51).

IV. L’audition de l’appel malgré la disposition privative

A. *Les dispositions privatives*

[33] Les alinéas 27(1)a) et c) de la *Loi sur les Cours fédérales* disposent qu’il peut être interjeté appel devant notre Cour d’un jugement définitif ou d’un jugement interlocutoire rendu par la Cour fédérale. Toutefois, les dispositions d’autres lois peuvent l’emporter sur les droits d’appel prévus par la *Loi sur les Cours fédérales (Tennina c. Canada (Revenu national))*, 2010 CAF 25, au paragraphe 11).

[34] Both the *Citizenship Act* and the IRPA permit judicial review applications only with leave of the Federal Court, preclude appeals to this Court from interlocutory and leave decisions, and preclude appeals to this Court from judgments issued in applications for judicial review in the absence of a certified question. Section 22.4 of the *Citizenship Act* and subsection 75(2) of the IRPA state, respectively, that the provisions of those statutes prevail in the event of any inconsistency with those of the *Federal Courts Act*.

[35] The relevant provision in this case is paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*, which governs judicial review applications under the Act; it states that “an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.” Its counterpart in the IRPA is paragraph 74(d). This Court has described this provision as “a second filter”—the first, the requirement to obtain leave, applying to applications for judicial review to the Federal Court, and the second, the certified question requirement, applying to appeals to this Court from decisions of the Federal Court: *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 485 N.R. 186, at paragraph 11. The Court has explained further that the second requirement is “intended to filter significant questions of law from questions of fact,” and has also stated that “[a]s a certified question is a precondition to this Court’s jurisdiction, it is a requirement that must not be taken lightly”: *Mudrak*, at paragraphs 12 and 19. These observations apply equally to paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*.

[36] As set out above, the application Judge did not certify a question when issuing his judgment. In bringing this appeal nonetheless, the Minister asserts that the application Judge made errors of a kind that have been recognized as permitting this Court to hear an appeal despite paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act* and similar preclusive clauses.

[34] La *Loi sur la citoyenneté* et la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* n’autorisent le dépôt de demandes de contrôle judiciaire que sur autorisation de la Cour fédérale. Elles interdisent le dépôt devant notre Cour d’appels visant des décisions interlocutoires et des décisions sur les demandes d’autorisation de contrôle judiciaire ainsi que le dépôt d’appels visant des jugements rendus à la suite de contrôles judiciaires s’il n’y a pas de question certifiée. L’article 22.4 de la *Loi sur la citoyenneté* et le paragraphe 75(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* précisent tous deux que les dispositions de ces lois l’emportent sur celles de la *Loi sur les Cours fédérales* en cas d’incompatibilité.

[35] La disposition pertinente en l’espèce est l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*, qui régit les demandes de contrôle judiciaire présentées en application de cette loi et dispose que « le jugement consécutif au contrôle judiciaire n’est susceptible d’appel à la Cour d’appel fédérale que si le juge certifie que l’affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci ». L’alinéa 74d) est une disposition équivalente dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Notre Cour a qualifié cette disposition de « second filtre » — le premier étant l’exigence de l’autorisation, qui s’applique aux demandes de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, et le deuxième étant l’exigence de la question certifiée, qui s’applique aux appels déposés devant notre Cour à l’encontre de décisions rendues par la Cour fédérale (*Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178, au paragraphe 11). La Cour a ajouté que, par la deuxième exigence, « on visait à isoler les questions de droit importantes des questions de fait » et que, « [c]omme la question certifiée est une condition préalable à l’exercice de la juridiction de notre Cour, il s’agit d’une exigence qui ne doit pas être prise à la légère » (*Mudrak*, aux paragraphes 12 et 19). Ces observations s’appliquent également à l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*.

[36] Comme je l’ai mentionné précédemment, le juge de première instance n’a pas certifié de question dans sa décision. Le ministre a néanmoins interjeté appel, au motif que le juge de première instance aurait commis des erreurs d’une nature telle que le droit reconnaît à notre Cour le pouvoir d’entendre l’appel malgré l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté* et d’autres dispositions privatives.

B. Judicial treatment of the preclusive clauses

[37] The case law establishes that certain types of errors will justify hearing an appeal in the face of a preclusive clause. These include, for example, bias or a reasonable apprehension of bias on the part of the judge at first instance, and refusal to exercise jurisdiction: *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 235 N.R. 305, 1999 CarswellNat 157 (WL) (F.C.A.), at paragraph 12; *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, at paragraph 15; *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3, 432 N.R. 261, at paragraph 28, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 3 S.C.R. viii, (2012), 440 N.R. 398. A further category comprises errors in the course of a “separate, divisible judicial act”—a decision in the exercise of a power that arises not under the *Citizenship Act* (or the IRPA) but from some other source: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119, at paragraphs 65–66.

[38] This Court has also used the term “jurisdictional errors” to describe errors that will permit an appeal to be heard despite a preclusive clause: *Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 223, [2012] 2 F.C.R. 243, at paragraphs 15–16. But it has also expressed reluctance to use that language, given the uncertainties surrounding the term “jurisdiction” in other contexts, preferring instead to use the language of “fundamental matters” striking “right at the rule of law”: *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 144, at paragraphs 19–21.

[39] I agree with the view expressed by my colleague Justice Stratas in his reasons [2018 FCA 132] dismissing the rule 74 motion in this proceeding (at paragraph 16) that the case law has not defined the exceptions to preclusive clauses particularly well. He saw the motion as an opportunity to provide a “better explanation” for the exceptions. He described (at paragraph 19) an exception centred on “jurisdictional” errors as unhelpful, because it would ultimately capture issues of statutory interpretation that were,

B. L’interprétation des dispositions privatives par les tribunaux

[37] La jurisprudence a établi que certains types d’erreurs justifient l’audition d’un appel malgré une disposition privative. Parmi ces types d’erreurs se trouvent la partialité ou la crainte raisonnable de partialité du juge de première instance ainsi que le refus de celui-ci d’exercer sa compétence (*Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1999 CanLII 7421 (C.A.F.), au paragraphe 12; *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255, au paragraphe 15; *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3, au paragraphe 28, autorisation d’interjeter appel devant la C.S.C. refusée, [2012] 3 R.C.S. viii). Une autre catégorie d’erreurs justifiant l’audition d’un appel est constituée des erreurs commises dans le cadre d’un « acte judiciaire distinct et divisible », soit une décision concernant l’exercice d’un pouvoir qui ne découle pas de la *Loi sur la citoyenneté* (ou de la LIPR), mais d’une autre source (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, aux paragraphes 65 et 66).

[38] Notre Cour a également utilisé l’expression « erreur de compétence » pour décrire certaines erreurs qui justifieraient qu’on entende un appel malgré l’existence d’une disposition privative (*Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 223, [2012] 2 R.C.F. 243, aux paragraphes 15 et 16. Toutefois, elle s’est également montrée réticente à utiliser ces termes, étant donné les incertitudes entourant le mot « compétence » dans d’autres contextes. La Cour a ainsi préféré parler de « questions très fondamentales » qui « touchent directement la primauté du droit » (*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 144, aux paragraphes 19 à 21).

[39] Je partage l’avis que mon collègue le juge Stratas a exprimé dans les motifs de sa décision [2018 CAF 132] rejetant la requête déposée au titre de la règle 74 des Règles en l’espèce (au paragraphe 16), selon lequel la jurisprudence n’a pas très bien délimité la portée des exceptions aux dispositions privatives. Il a estimé que la requête était une occasion de formuler une « explication plus claire » des exceptions. Il a expliqué (au paragraphe 19) en quoi l’exception qui reposerait sur l’erreur de « compétence »

at best, mere errors of law. He proposed (at paragraph 17) that, instead of focussing on “jurisdictional” errors, the Court should not give effect to a preclusive clause where the Federal Court’s judgment gives rise to rule of law concerns. The appeal bar would then not apply where

- it is alleged that there is a fundamental flaw going to the very root of the Federal Court’s judgment or striking at the Federal Court’s very ability to decide the case—examples include a blatant exceedance of authority obvious from the face of the judgment or an infringement of the rule against actual or apparent bias supported by substantial particularity in the notice of appeal; and
- the flaw raises serious concerns about the Federal Court’s compliance with the rule of law.

[40] Justice Stratas went on to state (at paragraphs 17–18) that the exception should not apply to “contentious debates over issues of statutory interpretation, errors of law, exercises of judicial discretion, and the weight that should be accorded to evidence and its assessment” but only to “fundamental” flaws that strike at “the very root” of the judgment or the Federal Court’s “very ability” to hear the case, and in any event only where “serious concerns” regarding the rule of law are raised. “This high threshold”, he stated, “allows Parliament’s preference for an absolute bar to prevail in all cases except for those most rare cases where concerns based on the constitutional principle of the rule of law are the most pronounced.”

[41] Consistent with Justice Stratas’s comments, the exceptions that have been identified to the preclusive clauses, no matter how they are expressed, do not include “mere errors of law”: *Mahjoub*, at paragraph 21. There are many statements to this effect. For example, in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley*, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118, at paragraph 8, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 1 S.C.R. viii, (2012), 435 N.R. 391, this Court held that “failing to apply the appropriate

serait peu utile, car il s’agirait au bout du compte d’une question d’interprétation des lois, et l’erreur serait, au mieux, une simple erreur de droit. Ainsi, il a ainsi affirmé (au paragraphe 17) que la Cour, plutôt que de se concentrer sur les erreurs dites de « compétence », devrait ne pas donner effet à une disposition privative lorsque la décision de la Cour fédérale soulève des questions relatives à la primauté du droit. L’interdiction d’interjeter appel ne s’appliquerait donc pas dans les circonstances suivantes :

- La décision de la Cour fédérale serait mal fondée ou comporterait un vice de fond influant directement sur la capacité de cette dernière de trancher le litige; par exemple, la décision révèle a priori qu’elle a manifestement outrepassé les limites de sa compétence, ou encore l’avis d’appel compte des éléments importants étayant un manquement au principe interdisant toute partialité réelle ou apparente.
- L’erreur crée une crainte sérieuse liée au respect par la Cour fédérale de la primauté du droit.

[40] Le juge Stratas a ensuite affirmé (aux paragraphes 17 et 18) que l’exception ne viserait pas « les débats portant sur des questions d’interprétation des lois, des erreurs de droit, l’exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire ou le poids à accorder à un élément de preuve et à son appréciation », mais seulement les vices « de fond » qui influent « directement » sur la « capacité » de la Cour fédérale de trancher le litige, et qui plus est uniquement lorsqu’ils créent des « craintes sérieuses » liées au respect de la primauté du droit. « Ce seuil élevé », poursuit-il, « assure le respect de l’irrecevabilité absolue privilégiée par le législateur, sauf dans les cas plus rares où il subsiste des craintes très marquées liées à l’observation du principe constitutionnel de la primauté du droit ».

[41] Ainsi, et suivant les observations du juge Stratas, les exceptions aux dispositions privatives qui ont été définies ne comprennent pas, et ce, indépendamment de la façon dont on les qualifie, les erreurs de droit (*Mahjoub*, au paragraphe 21). Plusieurs jugements abondent dans le même sens. Par exemple, notre Cour a conclu, dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley*, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118, au paragraphe 8, autorisation d’interjeter appel à la C.S.C. refusée, [2012] 1 R.C.S. viii, que

standard of review is a run-of-the-mill error of law, and not a usurpation of jurisdiction”. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 252 N.R. 68, 1999 CarswellNat 2541 (WL) (F.C.A.), at paragraph 8, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xiii, this Court held that “an erroneous finding of fact based on a misapprehension of what is in evidence” did not result in a loss of jurisdiction, but at most amounted to an error of law in the exercise of jurisdiction.

[42] In a similar vein, this Court has rejected the argument that the fact that an order was made “outside the statutory jurisdiction of the Federal Court” is sufficient to defeat the IRPA’s preclusive clause, holding that “[t]o accept that argument could deprive [the preclusive clause] of all meaning”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181, at paragraph 12; see also *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lazareva*, 2005 FCA 181, 335 N.R. 21, at paragraphs 8–9. In both of these cases, the appeals held subject to the statutory bar were based on the ground (similar to one of the grounds advanced in this case) that in granting relief the Federal Court had “usurped” authority granted to the Minister. The Minister’s position here, based on counsel’s response when the Court raised these decisions in oral argument, appears to be that these two decisions do not reflect the current law.

C. Position of the parties and interveners on the nature and scope of the exceptions

[43] The Minister argues that, in enacting the preclusive clause, “Parliament cannot have intended to immunize alleged errors from appellate scrutiny which, if not subject to review, would undermine the rule of law and public confidence in the due administration of justice”: Minister’s memorandum, at paragraph 33. He submits that a preclusive clause will not apply where the application Judge committed a “jurisdictional error”, whether by exceeding the judge’s jurisdiction or failing to exercise it. The Minister also quotes with apparent approval Justice Stratas’s description of the threshold as requiring a “fundamental flaw”, and a decision “raising serious concerns

« l’omission d’appliquer la bonne norme de contrôle est une erreur de droit “ordinaire” et non une usurpation de pouvoir ». Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Katriuk*, 1999 CanLII 9238 (C.A.F.), au paragraphe 8, autorisation d’interjeter appel refusée, [2000] 1 R.C.S. xiii, notre Cour a conclu « qu’une conclusion de fait erronée fondée sur une mauvaise appréciation de la preuve produite » n’entraînait pas une perte de compétence, mais au plus, une erreur de droit dans l’exercice de cette compétence.

[42] Dans le même ordre d’idées, notre Cour a rejeté l’argument voulant qu’il suffise qu’une « ordonnance [échappe] à la compétence conférée à la Cour fédérale par la loi » pour que soit neutralisée la disposition privative de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, et elle a conclu que « cet argument pourrait retirer tout son sens à [la disposition privative] » (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Edwards*, 2005 CAF 176, au paragraphe 12; voir également *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Lazareva*, 2005 CAF 181, aux paragraphes 8 et 9). Dans ces deux cas, les appels jugés assujettis à l’interdiction légale étaient fondés sur le motif (semblable à l’un des motifs avancés en l’espèce) que la Cour fédérale avait « usurpé » le pouvoir conféré au ministre en accordant la mesure demandée. Le ministre semble soutenir, d’après la réponse de l’avocat lorsque la Cour a parlé de ces décisions durant l’audience, qu’elles ne rendent pas compte de l’état du droit actuel.

C. Les thèses des parties et de l’intervenante sur la nature et la portée des exceptions

[43] Le ministre soutient qu’en adoptant la disposition privative, [TRADUCTION] « le législateur n’a pas pu avoir l’intention de soustraire les erreurs alléguées à l’examen en appel, car ne pas assujettir les erreurs à l’examen en appel constituerait une atteinte au principe de la primauté du droit et fragiliserait la confiance du public en l’administration la justice » (mémoire du ministre, au paragraphe 33). Il affirme que la disposition privative ne s’applique pas lorsque le juge de première instance a commis une [TRADUCTION] « erreur de compétence », que ce soit en outrepassant sa compétence ou en omettant de l’exercer. Le ministre invoque également et semble approuver le seuil établi par

about ... compliance with the rule of law”: Minister’s memorandum, at paragraph 35.

[44] In his submissions, Mr. Tennant appears to invoke the administrative law concept of “true question of jurisdiction”: Mr. Tennant’s memorandum, at paragraphs 13–14. He submits that to be entitled to proceed with his appeal, the Minister must “demonstrate that the issues raised are those of ‘true jurisdiction’ for which no [deference] ought to be shown.” However, he also cites (at paragraph 15) Justice Stratas’s articulation of the test. Mr. Tennant submits (at paragraph 16) that “[i]t is a rare case that an appellant can establish a lack or loss of jurisdiction of the court.”

[45] CARL submits that the preclusive clauses in the IRPA and the *Citizenship Act* should be construed applying the same principles applied to privative clauses restricting access to judicial review. It states that privative clauses have always been narrowly interpreted, citing *Crevier v. A.G. (Québec) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, at page 237, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1, and *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, at page 405, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609.

[46] CARL argues that this Court should not accept Justice Stratas’s articulation of the test, which it sees as both departing from existing jurisprudence and raising the applicable threshold. CARL submits that in suggesting that errors must be “fundamental”, “serious” and “substantial” to give rise to appeal, Justice Stratas used “qualitative” and “undefined” language that will promote too broad a reading of the preclusive clauses. It argues that a broad interpretation should be rejected because it will unduly limit access to justice by vulnerable non-citizens.

[47] CARL also disagrees with Justice Stratas’s reluctance to describe the relevant test in “jurisdictional” terms. It draws a distinction between “simple” jurisdictional

le juge Stratas, c’est-à-dire la présence d’un « vice fondamental » et d’une décision où une erreur « crée une crainte sérieuse liée au respect [...] de la primauté du droit » (mémoire du ministre, au paragraphe 35).

[44] Dans ses observations, Jonathan Tennant semble invoquer la notion de droit administratif de la [TRADUCTION] « véritable question de compétence » (mémoire de Jonathan Tennant, aux paragraphes 13 et 14). Il soutient que, pour qu’il soit donné suite à l’appel, le ministre doit [TRADUCTION] « démontrer que les questions soulevées sont de véritables questions de compétence qui ne commandent aucune [retenue] ». Toutefois, il reprend également (au paragraphe 15) le critère formulé par le juge Stratas. Jonathan Tennant soutient (au paragraphe 16) que [TRADUCTION] « [c]e n’est que dans de rares circonstances qu’un appellant peut établir le défaut ou la perte de compétence de la cour ».

[45] L’ACAADR soutient que les dispositions privatives de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et de la *Loi sur la citoyenneté* devraient être interprétées suivant les mêmes principes que ceux appliqués aux dispositions privatives restreignant l’accès au contrôle judiciaire. Elle soutient que les dispositions privatives ont toujours été interprétées restrictivement, citant à l’appui l’arrêt *Crevier c. P.G. (Québec) et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, à la page 237, et l’arrêt *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, à la page 405.

[46] L’ACAADR soutient que notre Cour ne devrait pas adopter le critère tel que l’a formulé le juge Stratas, car elle estime qu’ainsi libellé, le critère s’écarte de la jurisprudence existante et devient plus exigeant. Elle soutient que le juge Stratas a utilisé des termes [TRADUCTION] « qualitatifs » et [TRADUCTION] « sans définition » en affirmant que les erreurs doivent être « de fond », « sérieuses » et « importantes » pour ouvrir droit à un appel, ce qui donnerait lieu à une interprétation trop large des dispositions privatives. Elle soutient qu’une telle interprétation devrait être rejetée, car elle limiterait indûment l’accès à la justice pour les non-citoyens vulnérables.

[47] L’ACAADR ne partage pas non plus la réticence du juge Stratas à décrire le critère pertinent en termes de « compétence ». Elle établit une distinction entre les

errors and “true” jurisdictional errors, as those terms are understood for the purposes of judicial review. It cites *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230, at paragraph 31, in which the Supreme Court stated that “‘true’ questions of jurisdiction involve a far narrower meaning of ‘jurisdiction’ than the one ordinarily employed.” CARL accordingly urges this Court to adopt a test turning on “simple” jurisdictional errors, arguing that “the debate on jurisdiction” that has plagued judicial review jurisprudence “does not need to spread into other areas of law”: CARL’s memorandum, at paragraph 22.

[48] In reply, the Minister disagrees that Justice Stratas’s approach changed the “jurisdictional exception” test, or that he could have done so as a judge sitting alone. The Minister argues that Justice Stratas’s description of the threshold is consistent with that adopted by panels of this Court in *Mahjoub* and *Huntley*. He says that the concern that applying Justice Stratas’s description would lead to less access to this Court is unfounded.

D. No need in this case to revisit the nature and scope of the exceptions

[49] I appreciate and respect the efforts of my colleague Justice Stratas to provide a “better explanation” of the circumstances in which it will be appropriate to entertain an appeal despite a preclusive clause. There is much in his reasons with which I agree.

[50] At the same time, there may be some merit to CARL’s concern about describing the exceptions in qualitative terms. Redefining the exception in language such as “fundamental flaw”, “blatant exceedance of authority”, striking “at the very root” of the judgment, and raising “serious concerns” about the rule of law could present its own set of interpretive difficulties. The rule of law is itself a concept that defies easy definition. In addition, the reasons why a “blatant” or “obvious” exceedance of authority should

[TRADUCTION] « simples » erreurs de compétence et les [TRADUCTION] « véritables » erreurs de compétence, au sens de ces termes dans le contexte des contrôles judiciaires. L’ACAADR cite la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230, au paragraphe 31, qui affirme que « les “véritables” questions de compétence renvoient à une signification bien plus restreinte de la “compétence” que celle habituellement donnée à ce mot ». En conséquence, l’ACAADR presse notre Cour d’adopter un critère axé sur les [TRADUCTION] « simples » questions de compétence, au motif que [TRADUCTION] « le débat sur la compétence » qui sévit dans la jurisprudence sur le contrôle judiciaire [TRADUCTION] « n’a pas à s’étendre à d’autres domaines du droit » (mémoire de l’ACAADR, au paragraphe 22).

[48] En réponse, le ministre ne croit pas que le raisonnement du juge Stratas ait changé le critère sur [TRADUCTION] « l’exception liée à la compétence » ni qu’il aurait pu le faire en siégeant seul. Le ministre soutient que la description que fait le juge Stratas du critère est issue d’un raisonnement conforme à celui suivi par les formations de notre Cour dans les arrêts *Mahjoub* et *Huntley*. Il soutient que la crainte que l’application du critère tel que l’a formulé le juge Stratas réduise l’accès à notre Cour est sans fondement.

D. Il n’est pas nécessaire en l’espèce de revoir la nature et la portée des exceptions

[49] Je reconnais et respecte les efforts déployés par mon collègue le juge Stratas pour donner une « explication plus claire » des circonstances dans lesquelles il conviendrait d’entendre un appel malgré la disposition privative. Je souscris en grande partie à ses motifs.

[50] Néanmoins, il pourrait y avoir un certain fondement à l’observation de l’ACAADR sur la description des exceptions en termes qualitatifs. L’utilisation, pour la définition d’exceptions, d’expressions comme « vice de fond », « manifestement outrep[er] les limites de sa compétence », influencer « directement » sur le jugement et créer une « crainte sérieuse » liée au respect de la primauté du droit pourrait engendrer son propre lot de difficultés d’interprétation. La primauté du droit est en soi un concept qui

justify hearing an appeal despite the bar, when an insidious or subtle exceedance would not, may deserve further consideration. Another potential concern is with putting the scope of the appeal bar on a constitutional footing when there is no constitutional right to an appeal: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 136. Nor does the “rule of law” category appear to capture the “separate, divisible judicial act” cases, some of which turn on the specific statutory language of the preclusive clause in issue. We did not receive extensive (or in some cases any) submissions on these areas of potential concern.

[51] The Minister is correct in his submission that unless and until adopted by a panel of this Court, the views expressed by a member of the Court sitting alone as a motions judge do not change the law as established by the decisions of a panel: *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 F.C.R. 3, at paragraphs 37–38. In the end, I do not find it necessary to decide in this case whether to adopt my colleague’s formulation or some variation of it. That is because I conclude, for reasons that I will now discuss, that the errors that the application Judge is alleged to have made either were not errors at all or were ordinary errors, of a kind that does not displace the preclusive clause in paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*, regardless of how the currently recognized exceptions to the preclusive clauses are expressed.

V. The errors alleged

[52] The Minister submits that the application Judge made two “jurisdictional” errors that resulted in his granting relief not available on judicial review under the *Federal Courts Act*, and that these errors permit this Court to hear and decide the Minister’s appeal.

est difficile à définir. De plus, il faudrait sans doute examiner plus en détail pourquoi le fait pour le tribunal d’avoir « manifestement » outrepassé sa compétence justifierait que l’appel soit entendu malgré la disposition privative, tandis que le fait de l’outrepasser de manière insidieuse ou subtile n’ouvrirait pas droit à un appel. Une autre difficulté potentielle est le risque de donner une dimension constitutionnelle à la portée de l’interdiction de faire appel, alors que l’appel n’est pas un droit constitutionnel (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 136). Par ailleurs, la catégorie de la « primauté du droit » ne semble pas viser les questions relatives à l’« acte judiciaire distinct et divisible », dont certaines reposent sur le libellé particulier de la disposition privative en cause. Nous n’avons pas reçu d’observations exhaustives, et dans certains cas aucune observation, sur ces difficultés potentielles.

[51] Le ministre a raison lorsqu’il avance dans ses observations que les points de vue exprimés par un membre de notre Cour siégeant seul à titre de juge de la requête, tant qu’ils n’ont pas été adoptés par une formation de la Cour, ne changent pas le droit établi par les jugements rendus par des formations de notre Cour (*Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.*, 2016 CAF 44, [2016] 4 R.C.F. 3, aux paragraphes 37 et 38. Au bout du compte, j’estime qu’il est inutile de décider en l’espèce s’il convient ou non d’adopter la formulation de mon collègue ou une variation de celle-ci. Il en est ainsi parce que, pour les motifs que j’exposerai maintenant, je conclus que les erreurs qu’aurait commises le juge de première instance ne sont pas des erreurs du tout ou sont des erreurs ordinaires d’une nature qui ne justifie pas que soit écartée la disposition privative de l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*, quelle que soit la façon dont les exceptions actuellement reconnues à cette disposition sont formulées.

V. Les erreurs alléguées

[52] Le ministre soutient que le juge de première instance a commis deux erreurs de « compétence » qui ont mené à l’octroi d’une mesure de réparation qu’il ne pouvait accorder en contrôle judiciaire selon la *Loi sur les Cours fédérales*, ce qui permet à notre Cour d’entendre et de trancher son appel.

[53] First, he argues that the application Judge exceeded his jurisdiction by issuing what is in substance a declaration of fact—that Dr. Tennant was a Crown servant—when the Federal Court has no jurisdiction to make declarations on findings of fact. Second, he submits that the application Judge exceeded his jurisdiction by “arrogating to himself a power that Parliament gave to the Minister”—the exclusive authority to determine applications for evidence of citizenship. I will address these two grounds in turn.

A. *Did the application Judge impermissibly grant a declaration of fact?*

[54] As set out above, the substantive relief granted by the application Judge was a declaration that “Andrew James Fisher-Tennant is a citizen of Canada.” The parties agree that the Federal Court has authority to issue declaratory relief in deciding an application for judicial review. Its power to do so is found in paragraph 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, by which it may grant declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal:

Extraordinary remedies, federal tribunals

18 (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

[55] By subsection 18(3), the remedies in subsection 18(1) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1. Subsection 18.1(3) then sets out the Federal Court’s powers on an application for judicial review, which again include a power to grant declaratory relief:

[53] En premier lieu, il affirme que le juge de première instance a outrepassé sa compétence en prononçant ce qui était essentiellement une déclaration de fait, c’est-à-dire que Paul Tennant était un fonctionnaire de la Couronne, alors que la Cour fédérale n’a pas compétence pour prononcer des jugements déclaratoires sur des conclusions de fait. En second lieu, il soutient que le juge de première instance a outrepassé sa compétence en [TRADUCTION] « s’arrogeant un pouvoir que le législateur a conféré au ministre », soit le pouvoir exclusif de rendre des décisions à l’égard des demandes de preuve de citoyenneté. J’examinerai successivement chacun de ces deux moyens.

A. *Le juge de première instance a-t-il prononcé une déclaration de fait sans en avoir le pouvoir?*

[54] Comme je l’ai écrit précédemment dans les présents motifs, la principale mesure de réparation accordée par le juge de première instance était un jugement déclaratoire selon lequel « Andrew James Fisher-Tennant est un citoyen du Canada ». Les parties s’entendent sur le fait que la Cour fédérale peut prononcer un jugement déclaratoire lorsqu’elle tranche une demande de contrôle judiciaire. Ce pouvoir lui est conféré par l’alinéa 18(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, lequel dispose qu’elle peut prononcer un jugement déclaratoire contre tout office fédéral :

Recours extraordinaires : offices fédéraux

18 (1) Sous réserve de l’article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l’alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d’obtenir réparation de la part d’un office fédéral.

[55] Aux termes du paragraphe 18(3), on ne peut se prévaloir des recours prévus au paragraphe 18(1) que sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire conformément à l’article 18.1. Le paragraphe 18.1(3) énonce ensuite les pouvoirs de Cour fédérale à l’égard des demandes de contrôle judiciaire, ce qui inclut encore une fois le pouvoir de prononcer un jugement déclaratoire :

18.1 ...

Powers of Federal Court

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[56] In addition, rule 64 of the *Federal Courts Rules* provides that the Federal Court may make “a binding declaration of right in a proceeding”, whether or not any consequential relief is or can be claimed.

[57] However, the Minister argues that the application Judge exceeded his powers to grant declaratory relief under subsections 18(1) and 18.1(3) by issuing a declaration of fact. On this point, the Minister relies on this Court’s statement in *Makara v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 189, at paragraph 16, that the Federal Court “does not have jurisdiction to make declarations pertaining solely to findings of fact.” The Minister submits that the application Judge’s declaration is “at heart” a declaration of fact, because in order to make it, the Judge first had to make a factual determination that Dr. Tennant was a Crown servant in 1971: Minister’s memorandum, at paragraph 57.

[58] The prohibition against the Federal Court granting declarations of fact, to which the Minister refers, has its roots in *Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 49 F.T.R. 285, 1991 CarswellNat 291 (WL) (F.C.T.D.), at paragraph 13. In that case the plaintiff—whose application for permanent residency had been denied on the basis that he had been untruthful about his marital status—sought a declaration that he had never been married and that he had answered questions truthfully on his permanent residency application. Relying on this Court’s statement in *LeBar v. Canada*, [1989] 1 F.C. 603, at page 610, (1988), 90 N.R. 5 (C.A.), that declaratory

18.1 [...]

Pouvoirs de la Cour fédérale

(3) Sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l’office fédéral en cause d’accomplir tout acte qu’il a illégalement omis ou refusé d’accomplir ou dont il a retardé l’exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu’elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l’office fédéral.

[56] En outre, la règle 64 des *Règles des Cours fédérales* dispose que la Cour fédérale peut « faire des déclarations de droit qui lient les parties à l’instance », qu’une réparation soit ou puisse être demandée ou non en conséquence.

[57] Or, le ministre soutient que le juge de première instance a outrepassé son pouvoir de rendre des jugements déclaratoires en vertu des paragraphes 18(1) et 18.1(3) en prononçant une déclaration de fait. Il invoque à l’appui de cette observation la déclaration de notre Cour dans l’arrêt *Makara c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 189, au paragraphe 16, selon laquelle « la Cour fédérale n’a pas compétence de rendre des jugements déclaratoires sur de simples questions de fait ». Le ministre avance que le jugement déclaratoire rendu par le juge de première instance est [TRADUCTION] « essentiellement » une déclaration de fait, car le juge a d’abord dû tirer la conclusion de fait que Paul Tennant était un fonctionnaire de la Couronne en 1971 (mémoire du ministre, au paragraphe 57).

[58] Cette interdiction faite à la Cour fédérale de rendre des jugements déclaratoires sur de simples questions de fait invoquée par le ministre puise sa source dans la décision *Gill c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 944 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 13. Dans cette affaire, le demandeur, dont la demande de résidence permanente avait été rejetée au motif qu’il avait menti sur son état civil, avait demandé un jugement par lequel il était déclaré qu’il n’avait jamais été marié et qu’il avait répondu la vérité aux questions dans sa demande de résidence permanente. La Cour fédérale, s’appuyant alors sur l’arrêt de notre Cour *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F.

relief “declares what the law is”, the Federal Court concluded that the relief sought was a “declaration of fact” beyond its jurisdiction to grant, and struck out the statement of claim. The Nova Scotia Court of Appeal followed similar reasoning in *R. v. Shore Disposal Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 219, at page 222, 16 N.S.R. (2d) 538 (C.A.).

[59] In my view, the analyses in *Gill* and similar cases merely give effect to the well-established principle that declaratory relief must resolve a real legal issue in which both parties have a genuine interest. The Supreme Court recently reiterated the requirements for granting declaratory relief in *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99, 430 D.L.R. (4th) 621, at paragraph 60:

... Declaratory relief is granted by the courts on a discretionary basis, and may be appropriate where (a) the court has jurisdiction to hear the issue, (b) the dispute is real and not theoretical, (c) the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and (d) the responding party has an interest in opposing the declaration being sought

[60] These factors, all of which are present here, have long governed the granting of declaratory relief. It has also long been clear that granting declaratory relief may entail determining whether the facts give rise to a legal right. As stated by Paul Martin in “The Declaratory Judgment” (1931), 9 *Can. Bar Rev.* 540, at page 547, cited with approval in *Telecommunication Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Services Inc.*, 2007 MBCA 85, 214 Man. R. (2d) 284, “the essence of the declaratory judgment is the determination of rights.”

[61] The use of declarations to determine questions of status is also well known to Canadian law: see “The Declaratory Judgment”, at page 546.

[62] For example, in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, the Supreme Court granted a declaration that non-status Indians and Métis are “Indians” under subsection 91(24) of

603 (C.A.), à la page 610, où il était établi qu’un jugement déclaratoire « indique quel est le droit », a conclu que la mesure demandée était une « déclaration de fait » outrepassant sa compétence et a radié la déclaration. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a suivi un raisonnement semblable dans l’arrêt *R. v. Shore Disposal Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 219, à la page 222, 16 N.S.R. (2d) 538 (C.A.).

[59] À mon sens, les analyses figurant dans la décision *Gill* et d’autres décisions semblables ne font que donner effet au principe bien établi voulant qu’un jugement déclaratoire doit régler une question réelle dont la résolution revêt un véritable intérêt pour les deux parties. La Cour suprême a récemment réitéré les exigences relatives aux jugements déclaratoires dans l’arrêt *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99, au paragraphe 60 :

[...] un jugement déclaratoire est accordé par le tribunal de façon discrétionnaire et peut être approprié a) lorsque le tribunal a compétence pour entendre le litige, b) lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, c) lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu’elle soit résolue et d) lorsque la partie intimée a intérêt à s’opposer au jugement déclaratoire sollicité [...]

[60] Ces facteurs, qui sont tous présents en l’espèce, régissent depuis longtemps les jugements déclaratoires. Il est également clair depuis longtemps que les jugements déclaratoires peuvent nécessiter une décision quant aux faits donnant naissance à un droit légal. Comme l’a écrit Paul Martin dans l’ouvrage « The Declaratory Judgment », (1931), 9 *R. d. B. can.* 540, à la page 547, cité avec approbation dans l’arrêt *Telecommunication Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Services Inc.*, 2007 MBCA 85, 214 Man. R. (2d) 284, au paragraphe 62, [TRADUCTION] « essentiellement, le jugement déclaratoire consiste en l’établissement de droits ».

[61] Le recours aux jugements déclaratoires pour régler des questions de statut est également bien connu en droit canadien (« The Declaratory Judgment », à la page 546).

[62] Par exemple, dans l’arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, la Cour suprême a rendu un jugement déclaratoire selon lequel les Indiens non inscrits et les Métis

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]. In doing so, it relied (at paragraph 4) on “a number of key factual findings” made by the trial judge. In *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691, 1992 CanLII 8572 (C.A.), a case on which Mr. Tennant particularly relies, this Court, having formed a clear view of Mr. Glynos’s entitlement to citizenship under a provision that, unlike section 3 of the current *Citizenship Act*, required that citizenship be granted, issued a declaration that he was [at page 697] “eligible for a grant of citizenship.” The application Judge’s declaration in this case is also similar in effect to the declaration by the Court of Appeal for Ontario in *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, at paragraph 89. While the Court’s declaration in that case that the appellant was entitled to registration as an Indian was based on its view of the limited range of reasonable outcomes available on the record underlying the appellant’s application for registration, this did not transform the declaration into one of fact.

[63] In my view, status as a citizen of Canada by descent may be the subject of a declaration. As Mr. Tennant correctly observes, this Court has held that Canadian citizenship is “a creature of federal statute” with “no meaning apart from statute”: *Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 349, [2008] 3 F.C.R. 324, 286 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 50.

[64] And as discussed above, it is the Act itself—in this case paragraph 3(1)(b)—that confers citizenship by descent. It is not granted by the Minister, but rather is acquired by birth: see *Assal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 505, at paragraphs 68–70. This is reflected in the procedure for obtaining evidence of citizenship, as now set out in section 14 of the *Citizenship Regulations*, No. 2, SOR/2015-124. That provision requires the filing of “evidence that establishes that the applicant is a citizen” (emphasis added). A certificate of citizenship issued

sont des « Indiens » visés au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]. Pour ce faire, elle s’est appuyée (au paragraphe 4) sur « un certain nombre de conclusions de fait cruciales » tirées par le juge du procès. Dans l’arrêt *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691, 1992 CanLII 8572 (C.A.), un précédent sur lequel Jonathan Tennant s’appuie particulièrement, notre Cour, s’étant fait une opinion claire du droit de M. Glynos à la citoyenneté au titre d’une disposition qui, contrairement à l’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* actuelle, exigeait que la citoyenneté soit attribuée, a prononcé un jugement déclaratoire selon lequel M. Glynos était [à la page 697] « admissible à la citoyenneté ». Le jugement déclaratoire du juge de première instance en l’espèce ressemble aussi à celui rendu par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, au paragraphe 89. Bien que, dans cette affaire, la Cour d’appel de l’Ontario ait rendu un jugement déclaratoire établissant le droit à l’inscription en tant qu’Indien de Mme Gehl au motif qu’il y avait, selon cette cour, peu d’issues raisonnables possibles au vu du dossier étayant la demande d’inscription de l’appelante, cela n’a pas fait du jugement déclaratoire une déclaration de fait.

[63] À mon sens, le statut de citoyen canadien par filiation pourrait faire l’objet d’un jugement déclaratoire. Comme le soutient à juste titre Jonathan Tennant, notre Cour a conclu que la citoyenneté canadienne était une « une création statutaire fédérale » qui « n’a pas de sens autre que celui que lui reconnaît la loi » (*Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 349, [2008] 3 R.C.F. 324, au paragraphe 50.

[64] Comme je l’ai mentionné précédemment, c’est la *Loi sur la citoyenneté* en soi, en l’occurrence l’alinéa 3(1)b), qui confère la citoyenneté par filiation. Cette citoyenneté n’est pas attribuée par le ministre, elle est acquise de naissance (*Assal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 505, aux paragraphes 68 à 70). La procédure encadrant l’obtention d’une preuve de citoyenneté, désormais prévue à l’article 14 du *Règlement n° 2 sur la citoyenneté*, DORS/2015-124, en témoigne. Cette disposition exige du demandeur qu’il produise « une

under subsection 12(1) [of the *Citizenship Act*] is therefore only evidence of citizenship, and does not itself confer that status. As stated in one tribunal decision, “[i]t is not the ‘certificate of citizenship’ that provides the citizenship, but rather it is being born as a citizen which entitles you to a piece of paper showing such citizenship”: *Schlesinger v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 CanLII 92532, 2015 CarswellNat 8549 (WL) (I.R.B.) (Immigration Appeal Division), at paragraph 17. Or as put in *Assal* (at paragraph 68), “[f]or a citizen at birth, the certificate of citizenship only constitutes the recognition or evidence of this citizenship.”

[65] Contrary to the Minister’s submission, a declaration of citizenship is thus, at a minimum, not “solely” a declaration of fact. The nature of the application Judge’s declaration is therefore not a basis to conclude that the preclusive clause does not apply.

B. Did the application Judge usurp the role of the Minister?

[66] The Minister argues that the application Judge’s declaratory judgment effectively renders a decision on the merits of the application under subsection 12(1) of the *Citizenship Act*, which he submits is beyond the Federal Court’s statutory authority. The Minister submits that Parliament has given him the exclusive authority to determine applications made under subsection 12(1). He says that nothing in the *Federal Courts Act* empowers the Federal Court to render a decision on the merits or to substitute its decision for that of the Minister, and to determine itself whether the requirements of subsection 12(1) are met. The Minister invokes the distinction between the role of the Court on appeal, in which substitution of the Court’s views is permissible, and its role on judicial review, in which, he submits, it is not.

[67] One of the principal authorities on which the Minister relies is this Court’s decision in *Canada (Minister*

preuve établissant qu’il est un citoyen » (non souligné dans l’original). Il s’ensuit que le certificat de citoyenneté délivré en vertu du paragraphe 12(1) n’est qu’une preuve de citoyenneté. Le certificat en soi ne confère pas ce statut. Dans les mots de la Section d’appel de l’immigration, « [c]e n’est pas le [TRADUCTION] “certificat de citoyenneté” qui confère la citoyenneté, c’est le fait d’être né citoyen qui donne droit à un document écrit établissant la citoyenneté » (*Schlesinger c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CanLII 92532, 2015 CarswellNat 8550 (WL) (C.I.S.R.), au paragraphe 17). Ou, comme l’a affirmé la Cour fédérale dans la décision *Assal* (au paragraphe 68), « [l]e certificat de citoyenneté ne constitue, pour un citoyen de naissance, qu’une reconnaissance ou une preuve de cette qualité de citoyen ».

[65] Contrairement à ce que soutient le ministre, un jugement déclaratoire établissant la citoyenneté d’une personne, à tout le moins, n’est pas « seulement » une déclaration de fait. La nature du jugement déclaratoire rendu par le juge de première instance ne justifie donc pas qu’il soit conclu à l’inapplicabilité de la disposition privative.

B. Le juge de première instance a-t-il usurpé le rôle du ministre?

[66] Le ministre soutient que le jugement déclaratoire du juge de première instance a pour effet de trancher sur le fond une demande présentée au titre du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, ce qui, selon lui, ne relève pas des pouvoirs légaux de la Cour fédérale. Le ministre soutient que le législateur lui a conféré le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre du paragraphe 12(1). Il affirme que rien dans la *Loi sur les Cours fédérales* ne permet à la Cour fédérale de rendre une décision sur le fond ou de substituer sa décision à celle du ministre puis de décider elle-même si un demandeur satisfait aux critères énoncés au paragraphe 12(1). Le ministre fait valoir la distinction qui existe entre le rôle de la Cour en appel, lequel permet à la Cour de substituer ses conclusions à celles du décideur de première instance, et son rôle en contrôle judiciaire, lequel, selon lui, ne lui permet pas d’agir de la sorte.

[67] Parmi les principaux précédents qu’invoque le ministre figure l’arrêt de notre Cour *Canada (Ministre du*

of Human Resources Development) v. Rafuse, 2002 FCA 31, 286 N.R. 385, at paragraphs 8–9, in which this Court approved the Federal Court’s statement in *Xie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125, 1994 CarswellNat 484 (WL) (T.D.), at paragraph 17 that it does not, on judicial review, have the power to “substitute its opinion for that of the tribunal whose decision is under judicial review, and make the decision that the tribunal should have made.” He also relies on the comment of Justice Stratas in his decision on the rule 74 motion (at paragraph 25) that “the clear language of the *Citizenship Act* gives [the] power [to grant citizenship] only to the Minister.”

[68] Contrary to the Minister’s submission, the law of judicial review recognizes a power on the part of a reviewing court to substitute its view for that of the administrative decision maker, provided that certain conditions are met. The application Judge therefore did not err in holding that this remedy was available to him if these conditions were satisfied.

[69] There are two relevant statements in *Rafuse*. One is the statement on which the Minister relies. The second, also citing *Xie*, is the following (at paragraph 14):

While the directions that the Court may issue when setting aside a tribunal’s decision include directions in the nature of a directed verdict, this is an exceptional power that should be exercised only in the clearest of circumstances

....

[70] The first proposition set out in *Rafuse*—that substitution of the decision of the Court for that of the administrative decision maker is not permitted on judicial review under the *Federal Courts Act*—has been repeated by this Court in several other cases. In *Jada Fishing Co. Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2002 FCA 103, 288 N.R. 237, at paragraph 10, leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vi, this Court held that it was “without jurisdiction” to substitute its decision for that of a tribunal, because it could “only dismiss the appeal or give the judgment that the Trial Division should have given, and

Développement des ressources humaines) c. Rafuse, 2002 CAF 31, aux paragraphes 8 et 9, dans lequel notre Cour souscrit à l’affirmation de la Cour fédérale dans la décision *Xie c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125, 1994 CarswellNat 484 (WL) (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 17, voulant que la Cour fédérale n’ait pas, en contrôle judiciaire, le pouvoir de « remplacer la décision du tribunal qui fait l’objet du contrôle judiciaire par son opinion et [de] rendre la décision que le tribunal aurait dû rendre ». Il s’appuie également sur l’observation formulée par le juge Stratas dans sa décision sur la requête déposée au titre de la règle 74 des Règles (au paragraphe 25), selon laquelle « la Loi sur la citoyenneté indique clairement que seul le ministre est investi de ce pouvoir [d’attribuer la citoyenneté] ».

[68] Toutefois, contrairement à ce que fait valoir le ministre, le droit relatif au contrôle judiciaire reconnaît à la cour de révision le pouvoir de substituer son point de vue à celui du décideur administratif, sous réserve du respect de certaines conditions. Le juge de première instance n’a donc pas commis d’erreur en concluant que cette mesure de réparation était à sa disposition si les conditions étaient réunies.

[69] À cet égard, il y a deux affirmations pertinentes dans l’arrêt *Rafuse*. L’une est celle qu’a invoquée le ministre. L’autre, qui cite également la décision *Xie*, est la suivante (au paragraphe 14) :

Bien que la Cour puisse donner des directives quant à la nature de la décision à rendre lorsqu’elle annule la décision d’un tribunal, il s’agit d’un pouvoir exceptionnel ne devant être exercé que dans les cas les plus clairs [...]

[70] La première affirmation discutée dans la décision *Rafuse*, c’est-à-dire que la Cour ne peut pas substituer sa décision à celle du décideur administratif dans un contrôle judiciaire présenté en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*, a été répétée par notre Cour dans plusieurs autres arrêts. Dans l’arrêt *Jada Fishing Co. Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 103, au paragraphe 10, autorisation d’interjeter appel refusée, [2002] 4 R.C.S. vi, notre Cour a conclu qu’elle « n’a[vait] pas compétence » pour substituer sa décision à celle d’un tribunal, qu’elle pouvait seulement « soit rejeter l’appel soit rendre

the Trial Division could not have substituted its decision for that of the [tribunal] in an application for judicial review.” See also *Canada (Human Resources Development and Social Development) v. Layden*, 2009 FCA 14, at paragraphs 10–12; *Adamson v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, 2015 FCA 153, [2016] 2 F.C.R. 75, 474 N.R. 136, at paragraph 62, leave to appeal refused, [2016] 1 S.C.R. v; *Canada (Attorney General) v. Burnham*, 2008 FCA 380, 384 N.R. 149, at paragraph 11.

[71] But despite the first proposition set out in *Rafuse*, it is clear that, at a minimum, substitution of the Court’s views for those of the administrative decision maker can be achieved indirectly, or in effect, through remedies that the *Federal Courts Act* sets out. *Rafuse* itself recognized this possibility in the second statement quoted above. A reviewing court can achieve indirect substitution in a number of ways.

[72] The most obvious is to quash the tribunal’s decision and give directions requiring the decision maker to reach a particular result. It is now well established that this form of relief, a combination of *certiorari* and *mandamus*, is available where on the facts and the law there is only one lawful response, or one reasonable conclusion, open to the administrative decision maker, so that no useful purpose would be served if the decision maker were to redetermine the matter: see *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772, at paragraphs 41–44; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55, 444 N.R. 93, at paragraphs 13–14; *D’Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167, at paragraphs 14–16; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, at paragraphs 54 and 59.

[73] This Court has observed that, when granting relief of this nature, “the reviewing court acts in a practical sense as the merits-decider”: *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 149, at paragraph 6; see also *Layden*, at paragraph 10. As put by the Federal Court, “this Court [can] accomplish indirectly what it is not authorized to do directly. It [can] compel the Board to

le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre » et que « la Section de première instance n’aurait pas pu, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, remplacer la décision [du tribunal] par la sienne ». Voir également les arrêts *Canada (Ressources humaines et Développement social) c. Layden*, 2009 CAF 14, aux paragraphes 10 à 12; *Adamson c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2015 CAF 153, [2016] 2 R.C.F. 75, au paragraphe 62, autorisation d’interjeter appel refusée, [2016] 1 R.C.S. v; *Canada (Procureur général) c. Burnham*, 2008 CAF 380, au paragraphe 11.

[71] Or, malgré cette première affirmation dans l’arrêt *Rafuse*, il est clair qu’à tout le moins la Cour peut substituer ses conclusions à celles d’un décideur administratif indirectement ou, en fait, au moyen des mesures de réparation prévues par la *Loi sur les Cours fédérales*. En outre, cette possibilité est reconnue dans l’arrêt *Rafuse* même, dans le deuxième passage cité ci-dessus. La cour de révision peut procéder à une substitution indirecte de nombreuses façons.

[72] La façon plus évidente est celle qui consiste à annuler la décision du tribunal inférieur et à ordonner au décideur de tirer une conclusion précise. Il est maintenant bien établi que cette forme de réparation, soit une combinaison du *certiorari* et du *mandamus*, est possible lorsque, selon les faits et le droit, le décideur administratif dispose d’une seule issue légale ou peut tirer une seule conclusion raisonnable, de sorte qu’il serait inutile de renvoyer la décision au décideur pour nouvelle décision (*Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772, aux paragraphes 41 à 44; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55, aux paragraphes 13 et 14; *D’Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95, aux paragraphes 14 à 16; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205, aux paragraphes 54 et 59).

[73] Notre Cour a fait observer que, lorsqu’elle accorde une mesure de cette nature, la « cour de révision agit en fait comme juge du fond » (*Première Nation de Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 149, au paragraphe 6; voir également l’arrêt *Layden*, au paragraphe 10). Comme l’a affirmé la Cour fédérale, « la présente Cour [peut] accomplir indirectement ce qu’elle n’a pas le droit de

reach a specific conclusion thereby, in effect, substituting its decision for that made by the Board”: *Turanskaya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 314, 1995 CarswellNat 1163 (WL) (T.D.), at paragraph 6, affirmed (1997), 145 D.L.R. (4th) 259, 210 N.R. 235 (F.C.A).

[74] As indicated above, this type of *certiorari* and *mandamus* relief (as well as other relief amounting to indirect substitution, discussed below) is sometimes referred to as a “directed verdict”, terminology employed by the application Judge here. Strictly speaking, this terminology is incorrect; to avoid confusion, it would be better not to use it. “Directed verdict” is a criminal law, not an administrative law, concept: see *R. v. Rowbotham*; *R. v. Roblin*, [1994] 2 S.C.R. 463, at page 467, (1993), 168 N.R. 220. However, the phrase can be understood to capture, among other things, a remedy of indirect substitution granted because there is only one reasonable outcome.

[75] A reviewing court may also achieve substitution indirectly through a declaration recognizing the parties’ rights. This type of indirect substitution also appears to be available when there is only one reasonable determination of the issue as to which a declaration is granted.

[76] The Supreme Court recognized that a declaration may have the effect of substitution in *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199, 120 D.L.R. (3d) 1, where the issue was whether Mr. Kelso was entitled to be reinstated to his former position in the public service. In response to the argument that only the Public Service Commission, and not the Court, had authority to make appointments, the Court observed (at page 210) that while it was “quite correct to state that the Court cannot actually appoint Mr. Kelso to the Public Service”, and “[t]he administrative act of appointment must be performed by the Commission”, the Court was “entitled to ‘declare’ the respective legal rights of the appellant and the respondent.” The Court granted a declaration that “the appellant [was] entitled to remain in, or be reinstated to, [his] position ...” *Glynos v. Canada*, discussed above, is another example.

faire directement. Elle [peut] obliger la Commission à formuler une conclusion particulière ce qui, en fait, abouti[t] à substituer sa propre décision à celle de la Commission » (*Turanskaya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1776 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 6, confirmée par [1997] A.C.F. n° 254 (QL) (C.A.)).

[74] Comme il en a été question précédemment, ce type de recours en *certiorari* et *mandamus* (ainsi que d’autres mesures équivalant à une substitution indirecte dont il sera question ci-dessous) est parfois appelé en anglais « *directed verdict* » (« verdict imposé » ou « décision imposée » en français), notamment par le juge de première instance en l’espèce. À proprement parler, cette expression est inexacte et, pour éviter toute confusion, il vaudrait mieux ne pas l’utiliser. La notion du « verdict imposé » appartient au droit criminel et non au droit administratif (*R. c. Rowbotham*; *R. c. Roblin*, [1994] 2 R.C.S. 463, à la page 467). Toutefois, cette expression peut être interprétée comme englobant, entre autres, la mesure qu’est la substitution indirecte du jugement au motif qu’il n’existe qu’une seule issue raisonnable.

[75] La cour de révision peut également accomplir une substitution indirecte en prononçant un jugement déclaratoire reconnaissant les droits des parties. Il semble également que ce type de substitution indirecte ne soit possible que lorsqu’il n’existe qu’une seule issue raisonnable.

[76] La Cour suprême du Canada a reconnu qu’un jugement déclaratoire peut avoir l’effet d’une substitution, dans l’arrêt *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199. Dans cet arrêt, la question était de savoir si M. Kelso avait le droit d’être réintégré dans son ancien poste à la fonction publique. En réponse à l’argument voulant que seule la Commission de la fonction publique, et non la Cour, pût procéder à des nominations, la Cour suprême (à la page 210) a fait observer qu’il était « tout à fait juste de dire que la Cour ne peut pas nommer M. Kelso à un poste de la Fonction publique » et que « [l]’acte administratif de nomination est du ressort de la Commission », mais elle a ajouté que « la Cour a le droit de “déclarer” quels sont juridiquement les droits respectifs de l’appellant et de l’intimée ». La Cour a ensuite rendu un jugement déclaratoire selon lequel « l’appellant a[vait] le droit de demeurer ou d’être rétabli

[77] While *Kelso* and *Glynos* involved actions for a declaration, declarations amounting to substitution are also granted in the context of applications for judicial review: see for example, *Giguère v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 1, [2004] 1 S.C.R. 3, in which the Court granted a declaration of entitlement to compensation that the Chambre had refused, and *Gehl v. Canada (Attorney General)*, referred to above.

[78] It is also possible that, in certain administrative proceedings, setting aside the decision under review without further relief will, in effect, restore the parties to their positions prior to the decision. In these cases, merely setting aside the administrative decision may indirectly substitute the reviewing court's view: see *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board*, 2009 ONCA 234, 311 D.L.R. (4th) 109, at paragraph 49; *Retail, Wholesale Department Store Union v. Yorkton Cooperative Association*, 2017 SKCA 107, at paragraph 48; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2014 ABCA 199, 575 A.R. 325, at paragraphs 35–36; *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2010 QCCA 2053, [2010] R.J.Q. 2322, at paragraphs 6 and 73, leave to appeal refused, [2011] 2 S.C.R. v.

[79] Indirect substitution is thus a recognized, albeit exceptional, power under the law of judicial review. But that law also recognizes a power even of direct substitution, in which the court itself grants the relief sought from the administrative decision maker—again, in exceptional circumstances: see, for example, *Renaud v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, 184 D.L.R. (4th) 441, at paragraph 3; and *Bessette v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 SCC 31, 433 D.L.R. (4th) 631, at paragraph 94.

[80] In her dissenting reasons in *Giguère*, Justice Deschamps set out as follows the circumstances in which a reviewing court may substitute its view for that of the administrative decision maker (at paragraph 66, citations omitted and emphasis added):

dans [son] poste ». L'arrêt *Glynos c. Canada*, dont il a été question ci-dessus, est un autre exemple.

[77] Les arrêts *Kelso* et *Glynos* faisaient suite à des requêtes en jugement déclaratoire, mais des jugements déclaratoires équivalant à des substitutions sont également rendus dans le contexte de demandes de contrôle judiciaire : voir par exemple l'arrêt *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 1, [2004] 1 R.C.S. 3, dans lequel la Cour suprême a rendu un jugement déclarant que l'intéressé avait droit à l'indemnisation que la Chambre lui avait refusée, et l'arrêt *Gehl c. Canada (Procureur général)*, précité.

[78] Il est également possible que, dans certaines procédures administratives, l'annulation de la décision faisant l'objet du contrôle sans autre réparation ramène, dans les faits, les parties à leur situation d'avant la décision. Dans ces circonstances, la simple annulation de la décision administrative pourrait équivaloir à y substituer indirectement le point de vue de la cour de révision (*Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board*, 2009 ONCA 234, 311 D.L.R. (4th) 109, au paragraphe 49; *Retail, Wholesale Department Store Union v. Yorkton Cooperative Association*, 2017 SKCA 107, au paragraphe 48; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2014 ABCA 199, 575 A.R. 325, aux paragraphes 35 et 36; *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2010 QCCA 2053, [2010] R.J.Q. 2322, aux paragraphes 6 et 73, autorisation d'interjeter appel refusée, [2011] 2 R.C.S. v).

[79] La substitution indirecte est donc un pouvoir reconnu, quoiqu'exceptionnel, dans le droit régissant le contrôle judiciaire. Le droit reconnaît également un pouvoir de substitution directe, c'est-à-dire lorsque la Cour accorde elle-même la réparation demandée au décideur administratif, encore une fois, dans des circonstances exceptionnelles (*Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855, au paragraphe 3; *Bessette c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2019 CSC 31, au paragraphe 94).

[80] La juge Deschamps, dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Giguère*, a défini de la manière ci-après les circonstances dans lesquelles la cour de révision peut substituer sa conclusion à celle du décideur administratif

(au paragraphe 66, renvois omis et non souligné dans l'original) :

A court of law may not substitute its decision for that of an administrative decision-maker lightly or arbitrarily. It must have serious grounds for doing so. A court of law may render a decision on the merits if returning the case to the administrative tribunal would be pointless Such is also the case when, once an illegality has been corrected, the administrative decision-maker's jurisdiction has no foundation in law: [...]. The courts may also intervene in cases where, in light of the circumstances and the evidence in the record, only one interpretation or solution is possible, that is, where any other interpretation or solution would be unreasonable: It is also accepted that a case may not be sent back to the competent authority if it is no longer fit to act, such as in cases where there is a reasonable apprehension of bias....

Une cour de justice ne peut substituer sa décision à celle d'un décideur administratif à la légère ou de manière arbitraire, sans justification sérieuse. Ainsi, un tribunal judiciaire peut statuer sur le fond si le renvoi au tribunal administratif s'avère inutile [...] C'est aussi le cas lorsque, une fois l'illégalité corrigée, le décideur administratif est sans compétence, faute d'assise juridique [...] Il en va de même lorsque, suivant les circonstances et la preuve au dossier, une seule interprétation ou solution est envisageable, c'est-à-dire que toute autre interprétation ou solution serait déraisonnable [...] Par ailleurs, il est également acquis que le dossier ne sera pas renvoyé à l'autorité compétente si celle-ci n'est plus en état d'agir, par exemple, s'il y a crainte raisonnable de partialité [...]

[81] The premise of this statement appears to be that substitution in the limited circumstances that Justice Deschamps sets out does not intrude on the separation of powers between the judiciary and the executive, and does not undermine the reasons why decision-making authority is vested in administrative decision makers: see also *Giguère*, at paragraphs 67–69.

[81] Cette affirmation semble fondée sur l'idée que la substitution, dans les circonstances limitées établies par la juge Deschamps, ne doit pas estomper la séparation des pouvoirs entre les branches judiciaire et exécutive et qu'elle ne contrecarre pas les motifs pour lesquels le pouvoir décisionnel a été conféré aux décideurs administratifs (*Giguère*, aux paragraphes 67 à 69).

[82] Though in dissent, Justice Deschamps's statement as to the availability of substitution in cases in which the court concludes that there is only one reasonable outcome, so that returning the matter to the administrative decision maker would be pointless, has since been accepted and relied on in a number of cases, involving both direct and indirect substitution. Her statement has also now been approved and applied by a majority of the Supreme Court, though in a statutory appeal in which the court appealed to had a legislated power of direct substitution: *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772, at paragraph 161.

[82] Bien qu'elle se trouve dans les motifs dissidents, l'affirmation de la juge Deschamps selon laquelle la substitution est possible lorsque la cour conclut qu'il n'y a qu'une seule issue raisonnable, de sorte que le renvoi de l'affaire au décideur administratif serait futile, a depuis été adoptée et a servi de fondement dans plusieurs jugements, portant autant sur la substitution directe que sur la substitution indirecte. Ce raisonnement a même été confirmé et appliqué depuis par la majorité à la Cour suprême, quoique dans le contexte d'un appel prévu par la loi dans lequel la cour semblait avoir un pouvoir de substitution directe établi par une loi (*Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772, au paragraphe 161).

[83] This Court has in at least two cases engaged in direct substitution in reliance on Justice Deschamps's reasons in *Giguère*—*Canada v. Williams Lake Indian Band*, 2016 FCA 63, 396 D.L.R. (4th) 164, reversed on other grounds, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, and *Canada (Attorney General) v. Bétournay*, 2018 FCA 230, 48 Admin. L.R. (6th) 71. These decisions appear to treat the first proposition

[83] Notre Cour a également, à au moins deux reprises, procédé à une substitution directe suivant les motifs de la juge Deschamps dans l'arrêt *Giguère*, soit dans les arrêts *Canada c. Bande indienne de Williams Lake*, 2016 CAF 63, infirmé pour d'autres motifs par 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, et *Canada (Procureur général) c. Bétournay*, 2018 CAF 230. Dans ces arrêts, la Cour semble considérer

in *Rafuse* and the statement in *Jada Fishing* as having been overtaken.

[84] *Williams Lake* was an application for judicial review of a decision of the Specific Claims Tribunal under the *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22, and section 28 of the *Federal Courts Act*. The Court concluded that only one result was possible, and therefore (at paragraph 119) “dismiss[ed] the specific claim brought pursuant to paragraphs 14(1)(b) and 14(1)(c) of the *Specific Claims Tribunal Act*.” In *Bétournay*, also an application for judicial review under section 28 of the *Federal Courts Act*, this Court held (at paragraph 69) that although it is not generally appropriate for a reviewing court to substitute its decision for that of a tribunal, an exception to this principle exists where only one reasonable conclusion is available. It then proceeded (at paragraph 70) to allow the application for judicial review, and “[m]aking the decision that the Board should have made, [to dismiss] the grievance [and] set aside the order to reimburse the wages and benefits for the suspension period.”

[85] Other appellate courts have also applied Justice Deschamps’s statement in the judicial review context: see, for example, *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. South Coast British Columbia Transportation Authority*, 2018 BCCA 344, 426 D.L.R. (4th) 333, at paragraph 60; and *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers’ Marketing Board*, at paragraphs 42 and 49, referred to above as an example of indirect substitution through the portion of its order setting aside the administrative decision. In *Stetler* the Ontario Court of Appeal, after invoking *Giguère*, also granted “for greater clarity” a declaration reinstating the quota that the Board had denied.

[86] In this case, the application to the Minister was for a certificate of Canadian citizenship under subsection 12(1) of the *Citizenship Act*. The application Judge did not grant that relief. What he granted, having found that there was only one reasonable conclusion on the question whether Andrew is a citizen, was a declaration that will as

le premier précepte de l’arrêt *Rafuse* et la conclusion dans l’arrêt *Jada Fishing* comme étant dépassés.

[84] L’arrêt *Williams Lake* portait sur une demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal des revendications particulières présentée en vertu de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, ch. 22, et de l’article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Cour a conclu qu’il n’y avait qu’une seule issue possible et a par conséquent décidé (au paragraphe 119) « de rejeter la revendication particulière présentée en application des alinéas 14(1)(b) et 14(1)(c) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* ». Dans l’arrêt *Bétournay*, qui était également une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l’article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*, notre Cour a conclu (au paragraphe 69) que, bien qu’il ne soit généralement pas de mise que la cour de révision substitue sa conclusion à celle du tribunal, il existe néanmoins une exception à ce principe lorsqu’il n’y a qu’une seule issue raisonnable possible. Notre Cour (au paragraphe 70) a ensuite accueilli la demande de contrôle judiciaire et, « [r]endant la décision qui aurait dû être rendue par la Commission, [a rejeté] le grief contestant la suspension sans solde » et « [a annulé] l’ordonnance de remboursement de salaire et des avantages sociaux pendant la période de suspension ».

[85] D’autres cours d’appel ont également suivi le raisonnement de la juge Deschamps dans le contexte de demandes de contrôle judiciaire, par exemple dans les arrêts *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. South Coast British Columbia Transportation Authority*, 2018 BCCA 344, 426 D.L.R. (4th) 333, au paragraphe 60; et *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers’ Marketing Board*, aux paragraphes 42 et 49, précité à titre d’exemple de substitution indirecte au moyen de la partie de l’ordonnance annulant la décision administrative. Dans l’arrêt *Stetler*, la Cour d’appel de l’Ontario, se fondant sur l’arrêt *Giguère*, a, [TRADUCTION] « par souci de clarté », prononcé un jugement déclaratoire rétablissant le quota rejeté par l’Office.

[86] En l’espèce, la demande adressée au ministre visait l’obtention d’un certificat de citoyenneté conformément au paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Le juge de première instance n’a pas accordé cette mesure. Après avoir conclu qu’il n’existait qu’une conclusion raisonnable à la question de la citoyenneté d’Andrew, il a prononcé

a practical matter require that the Minister issue a certificate. As noted above, this type of substitution remedy may follow in the exceptional cases in which a court determines that substitution is warranted.

[87] As already noted, the application Judge discussed at some length in his reasons the availability and appropriateness of a “directed verdict”, a term which he used to describe a remedy amounting to substitution. He concluded that, although it is an exceptional remedy, it was a remedy available to him. In coming to this conclusion he found (at paragraph 28) that there was only one reasonable outcome—that “[t]he only logical conclusion on the evidence is that Dr. Tennant was in the employment of CIDA and thereby he was a Crown servant”—and that returning the matter to the Minister for redetermination would be futile. This finding brings this case into the class of exceptional cases in which relief amounting to substitution has been recognized as appropriate.

[88] The application Judge may have erred in his appreciation of the record in making this finding and coming to his conclusion that the prerequisites for granting a substitution remedy were met. The application Judge may in addition have failed to show sufficient deference to the Minister’s decision; he did not even refer to the standard of review. Nor did he discuss at any length the legal criteria for determining status as an employee. And the application Judge may also have erred, as the Minister submits, in relying in part on evidence, in the affidavits of Mr. Tennant and Dr. Tennant, that was not before the Minister when the decision under review was rendered and did not come within the exceptions for additional evidence on judicial review: see *Sharma v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 48, at paragraphs 7–9.

[89] But assuming that the application Judge did err in these respects, his errors in my view would constitute “mere” or “everyday” errors, of a kind that this Court regularly corrects in the absence of a preclusive clause: see, for a recent example, *Canada (Attorney General) v. Allard*,

un jugement déclaratoire qui, dans les faits, obligera le ministre à délivrer un certificat. Comme il a été établi précédemment, ce type de réparation équivalant à une substitution peut être accordé dans des circonstances exceptionnelles, lorsque la cour détermine que la substitution est justifiée.

[87] De plus, le juge de première instance a longuement examiné dans ses motifs s’il pouvait utiliser et s’il était judicieux d’utiliser la « décision imposée », l’expression dont il s’est servi pour décrire une mesure de réparation équivalant à la substitution. Il a conclu que, bien qu’il s’agit d’une mesure exceptionnelle, il pouvait néanmoins en faire usage. Il a ainsi conclu (au paragraphe 28) que « [l]a seule conclusion logique sur la preuve est que M. Tennant était à l’emploi de l’ACDI et était par conséquent un fonctionnaire de l’État », et qu’il serait futile de renvoyer l’affaire au ministre pour nouvelle décision. Par cette conclusion, la présente affaire entre dans la catégorie des situations exceptionnelles où l’octroi d’une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué.

[88] Le juge de première instance a peut-être commis une erreur dans son appréciation du dossier en tirant cette conclusion et en jugeant qu’il était satisfait aux conditions préalables justifiant la substitution. Il est également possible que le juge de première instance n’ait pas fait suffisamment preuve de retenue envers la décision du ministre : il n’a même pas mentionné la norme de contrôle applicable. Il n’a pas non plus analysé le critère juridique servant à déterminer le statut d’employé. Finalement, il se peut aussi que le juge de première instance ait commis une erreur, comme le soutient le ministre, en s’appuyant en partie sur des éléments de preuve, soit les affidavits de Jonathan Tennant et de Paul Tennant, dont ne disposait pas le ministre lorsqu’il a rendu la décision visée par le contrôle et qui ne relevaient pas des exceptions relatives aux éléments de preuve supplémentaires recevables en contrôle judiciaire (*Sharma c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 48, aux paragraphes 7 à 9).

[89] Néanmoins, à supposer que le juge de première instance ait commis ces erreurs, il s’agirait de « simples » erreurs ou d’erreurs « ordinaires » d’un type que notre Cour corrige fréquemment lorsqu’il n’y a pas de disposition privative (un exemple récent : *Canada (Procureur*

2018 FCA 85, at paragraphs 44–46. They do not reach a level that would bring this case into any of the categories of cases in which this Court would be justified in disregarding the preclusive clause that Parliament has enacted in paragraph 22.2(d).

[90] Since the preclusive clause applies, it is not this Court's place ultimately to decide whether the application Judge committed these errors in substituting his view for that of the Minister. It follows that this Court should not be taken either to endorse or to disapprove of the application Judge's approach. However, these reasons should not be read as an invitation to judges conducting judicial reviews under statutes containing preclusive clauses to disregard the requirements of that process, including the requirement to show deference to administrative decision makers. Remedies amounting to substitution of the court's view for that of the administrative decision maker remain appropriate only in exceptional cases.

VI. Proposed disposition

[91] For the reasons I have set out, I conclude that paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act* bars this appeal by the Minister. In the exercise of this Court's power under paragraph 52(a) of the *Federal Courts Act*, I would therefore quash the appeal. Mr. Tennant does not seek costs, and I would not award them.

WEBB J.A.: I agree.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[92] NEAR J.A. (dissenting): I have read the reasons of the majority and am unfortunately unable to agree with the conclusions reached. There is no need to repeat the factual and procedural background to this matter as it is set out in a comprehensive manner in the majority reasons.

[93] It is common ground that the Federal Court has the authority to issue declaratory relief in deciding an

général) c. Allard, 2018 CAF 85, aux paragraphes 44 à 46). Ces erreurs ne seraient pas suffisamment graves pour faire entrer la présente affaire dans l'une ou l'autre des catégories de situations justifiant que notre Cour fasse abstraction de la disposition privative adoptée par le législateur à l'alinéa 22.2d).

[90] Étant donné que la disposition privative s'applique en l'espèce, il n'appartient pas à notre Cour de déterminer si le juge de première instance a commis ou non ces erreurs lorsqu'il a substitué sa conclusion à celle du ministre. Il s'ensuit qu'on ne peut considérer que notre Cour a adopté ou rejeté la démarche du juge de première instance. Toutefois, les présents motifs ne devraient pas être interprétés comme étant une invitation aux juges procédant à des contrôles judiciaires en vertu de lois comportant des dispositions privatives à faire fi des exigences applicables au contrôle judiciaire, notamment la nécessité de faire preuve de retenue à l'égard des décideurs administratifs. Il demeure que les mesures de réparation équivalant à substituer la conclusion de la cour à celle du décideur administratif ne devraient être accordées que dans des situations exceptionnelles.

VI. Dispositif proposé

[91] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté* empêche le ministre de faire appel. En vertu du pouvoir que confère à notre Cour l'alinéa 52a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, j'annulerais l'appel. Jonathan Tennant ne demande pas de dépens, et je n'en adjugerais pas.

LE JUGE WYMAN, J.C.A. : j'y souscris.

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

[92] LE JUGE NEAR (dissident) : J'ai lu les motifs de la majorité et je suis malheureusement incapable de souscrire à ses conclusions. Il est inutile de répéter le contexte factuel et procédural de l'espèce, car il est présenté en détail dans les motifs de la majorité.

[93] Il n'est pas contesté que la Cour fédérale a le pouvoir de prononcer des jugements déclaratoires lorsqu'elle

application for judicial review. In this case there was an application for judicial review but the Federal Court did not engage in conducting a judicial review. Rather, the Federal Court simply made a declaration of fact based on newly admitted evidence that was not before the Minister when the Minister made his original decision pursuant to the authority granted to him by Parliament under section 12 of the *Citizenship Act*.

[94] The Federal Court concluded that Dr. Tennant was a Crown servant in 1971 based on this newly admitted evidence which led directly to it declaring that the respondent is a Canadian citizen. It drew this conclusion despite not having conducted a judicial review or possibly entertaining a *mandamus* application as a remedy (rather than a “directed verdict”, a concept unknown in administrative law), as it could have done if so inclined based on the record that had been originally considered by the Minister. Instead, the Federal Court declared what it found to be the facts based on new evidence not originally considered by the Minister. This Court in *Makara* (at paragraph 16) found that the Federal Court “does not have jurisdiction to make declarations pertaining solely to findings of fact.” I agree, and in my view, the nature of the application Judge’s declaration, despite carrying legal implications in relation to the respondent’s citizenship rights, pertained solely to the Federal Court’s findings of fact and not those of the Minister: that Dr. Tennant was working abroad as a Crown servant when Mr. Tennant was born, and as a consequence, that the respondent is a Canadian citizen. Accordingly, the Federal Court’s declaration in these circumstances amounted to an error sufficient to conclude that the preclusive clause does not apply in this case.

[95] This finding is sufficient to dispose of the matter and to allow the appeal. However, in my view, the Federal Court also usurped the role of the Minister and rendered a decision on the merits despite the fact that Parliament has given the Minister exclusive authority to determine applications made under subsection 12(1) of the *Citizenship Act*. The Federal Court clearly substituted its decision for that of the Minister. It is uncontested that generally upon judicial review the Court does not have the power to substitute its opinion for that of the administrative decision maker whose

tranche des demandes de contrôle judiciaire. En l’espèce, la Cour fédérale a été saisie d’une demande de contrôle judiciaire, mais elle n’a pas effectué de contrôle judiciaire. La Cour fédérale a plutôt simplement prononcé une déclaration de fait fondée sur des nouveaux éléments de preuve dont ne disposait pas le ministre lorsqu’il a rendu sa décision initiale dans l’exercice du pouvoir que lui a conféré le législateur à l’article 12 de la *Loi sur la citoyenneté*.

[94] La Cour fédérale a conclu que Paul Tennant était un fonctionnaire de la Couronne en 1971 à la lumière de ces nouveaux éléments de preuve, ce qui l’a menée à déclarer que l’intimé était citoyen canadien. Elle a tiré cette conclusion sans faire de contrôle judiciaire ni examiner la possibilité de recourir au *mandamus* (plutôt qu’au « verdict imposé », une notion inconnue en droit administratif), comme il lui était loisible de le faire sur le fondement du dossier dont le ministre avait originalement été saisi. La Cour fédérale a plutôt prononcé une déclaration de fait en se fondant sur des nouveaux éléments de preuve que le ministre n’avait pas examinés. Notre Cour, dans l’arrêt *Makara* (au paragraphe 16), a conclu que la Cour fédérale « n’a pas compétence de rendre des jugements déclaratoires sur de simples questions de fait ». Je suis de cet avis. À mon sens, les déclarations du juge de première instance, bien qu’elles aient des répercussions juridiques sur le droit à la citoyenneté de l’intimé, ne se rapportaient qu’aux conclusions de fait de la Cour fédérale, et non à celles du ministre, c’est-à-dire que Paul Tennant travaillait à l’étranger à titre de fonctionnaire de la Couronne lorsque Jonathan Tennant est né, de sorte que l’intimé est citoyen canadien. En conséquence, le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale dans ces circonstances constituait une erreur suffisamment grave pour que l’on conclue que la disposition privative ne s’applique pas en l’espèce.

[95] Cette conclusion suffit pour trancher la question et accueillir l’appel. Toutefois, j’estime que la Cour fédérale a également usurpé le rôle du ministre et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré au ministre le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle du ministre. Nul ne conteste le fait qu’en règle générale, dans le contexte d’un contrôle judiciaire, la Cour n’a pas le pouvoir de substituer son opinion

decision is under judicial review and make the decision that the administrative decision maker should have made (*Bétournay*, at paragraph 69; *Rafuse*, at paragraph 9; *Xie*, at paragraph 17). The majority reasons correctly set out that there are exceptions in extraordinary circumstances whereby using a combination of *certiorari* and *mandamus*, the Court may achieve such a result indirectly. But such extraordinary circumstances do not arise on the facts of this case. Indeed, the Federal Court conducted no judicial review and showed no deference to the Minister as the original decision maker.

[96] The majority correctly refer to the *Giguère* line of cases based on Justice Deschamps's reasoning that in extraordinary cases a court may substitute its finding where it concludes "in light of the circumstances and the evidence on the record, only one interpretation or solution is possible, that is, where any other interpretation or solution would be unreasonable" (*Giguère*, at paragraph 66). It is common ground that such a substitution is an exceptional power under the law of judicial review and is to be exercised with caution. This is not such a case. The litany of possible errors referred to in the majority reasons (at paragraph 88) illustrate that the decision was far from self-evident. In my view, given that the Federal Court failed to conduct a judicial review and relied upon evidence not placed before the Minister and that is contested, it is not at all clear that the Federal Court's factual declaration that the respondent is a Canadian citizen was the only reasonable determination of the matter. Nor is this an exceptional situation calling out for the Court to substitute its decision for that of the Minister, rather than, as is the normal case, send the matter back for redetermination based on a complete review of the facts conducted by the Minister as mandated by Parliament.

[97] Contrary to the majority reasons, failure to return the matter to the Minister in these circumstances will, in my view, act as an "invitation to judges conducting judicial reviews under statutes containing preclusive clauses to disregard the requirements of that process, including the requirement to show deference to administrative decision

à celle du décideur administratif et de rendre la décision que le décideur administratif aurait dû rendre (*Bétournay*, au paragraphe 69; *Rafuse*, au paragraphe 9; *Xie*, au paragraphe 17). Les motifs de la majorité établissent à bon droit qu'il y a exception dans des circonstances extraordinaires où, à l'aide d'une combinaison de *certiorari* et de *mandamus*, le tribunal peut parvenir à un tel résultat de manière indirecte. Cependant, les faits de l'espèce ne témoignent pas de telles circonstances extraordinaires. En fait, la Cour fédérale n'a effectué aucun contrôle judiciaire et n'a fait preuve d'aucune retenue à l'égard du ministre en sa qualité de décideur initial.

[96] La majorité a à juste titre fait référence à la jurisprudence issue de l'arrêt *Giguère* qui repose sur le raisonnement de la juge Deschamps voulant que, dans des cas extraordinaires, la Cour puisse substituer sa conclusion à celle du décideur lorsque, « suivant les circonstances et la preuve au dossier, une seule interprétation ou solution est envisageable, c'est-à-dire que toute autre interprétation ou solution serait déraisonnable » (*Giguère*, au paragraphe 66). Il est établi qu'une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et que ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence. Tel n'est pas le cas en l'espèce. La litanie d'erreurs possibles mentionnées dans les motifs de la majorité (au paragraphe 88) montre que la décision n'allait pas de soi, tant s'en faut. À mon sens, étant donné que la Cour fédérale n'a pas effectué de contrôle judiciaire et qu'elle s'est fondée sur des éléments de preuve dont le ministre ne disposait pas lorsqu'il a rendu sa décision et qui sont contestés, il n'est pas du tout manifeste que la déclaration de fait voulant que l'intimé ait qualité de citoyen fût la seule issue raisonnable. Il ne s'agissait pas non plus d'une situation exceptionnelle exigeant que la Cour substitue sa décision à celle du ministre plutôt que de renvoyer l'affaire au ministre pour nouvelle décision après examen complet des faits, en vertu du pouvoir que lui a conféré le législateur, comme ce serait le cas normalement.

[97] Contrairement à ce qu'avance la majorité dans ses motifs, ne pas renvoyer l'affaire au ministre dans ces circonstances constitue à mon avis « une invitation aux juges procédant à des contrôles judiciaires en vertu de lois comportant des dispositions privatives à faire fi des exigences applicables au contrôle judiciaire, notamment la

makers”. It will be an invitation for a reviewing Court to make declarations of fact based on evidence that may not have even been before the original decision maker, refuse to certify a question, and then rely upon the preclusive clause to shield any review in situations which are clearly not exceptional or extraordinary.

[98] For these reasons, I would allow the appeal, quash the decision of the Federal Court, and remit the matter to a different citizenship officer for redetermination without costs.

nécessité de faire preuve de retenue à l’égard des décideurs administratifs ». Les cours de révision seront ainsi invitées à prononcer des déclarations de faits fondées sur des éléments de preuve dont ne disposait peut-être pas le décideur initial, à refuser de certifier des questions, puis à se fonder sur la disposition privative pour se soustraire à tout contrôle dans des circonstances qui n’ont rien d’exceptionnel ou d’extraordinaire.

[98] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel, j’annulerais la décision de la Cour fédérale et je renverrais l’affaire à un autre agent de la citoyenneté pour nouvelle décision, sans dépens.