

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE EN DROIT PÉNAL CANADIEN*

PIERRE BÉLIVEAU†

Montréal

L'objet de cet article est d'exposer le droit positif qui régit le contrôle judiciaire en droit pénal. A ce titre, cette étude traite principalement des règles de fond et de procédure applicables aux recours prévus à la partie XXIII du Code criminel. Compte tenu du fait que le champ d'action du plaideur en droit pénal ne se limite pas à ces matières, l'auteur a esquissé certaines règles de contrôle judiciaire particulières au droit administratif du Québec et aux recours institués en vertu de la Loi sur la Cour fédérale.

L'auteur ne s'est pas limité aux décisions portant strictement sur le droit pénal; il a invoqué dans certains cas certains arrêts de droit administratif traditionnel. En effet, certains principes de Common Law qui y sont énoncés sont susceptibles d'application en droit pénal et pourraient faire évoluer ce secteur du droit.

The object of this article is to present the positive law governing judicial control in the field of criminal law. Thus, this study deals principally with the substantive and procedural rules applicable to the extraordinary remedies found in part XXIII of the Criminal Code. Having taken into account the fact that the parties' recourses in the criminal law are not limited to these remedies, the author has sketched some rules of judicial control pertaining to Québec administrative law and the remedies provided for by the Federal Court Act.

The author did not limit himself to cases involving the criminal law. In some instances, he has relied upon a number of traditional administrative law cases. Actually, some common law principles which are found in these decisions are potentially applicable to the criminal law and could become a factor of evolution of this branch of the law.

Introduction

À l'article 708, le Code criminel prévoit que la partie XXIII s'applique aux procédures en matière criminelle concernant le certiorari, la prohibition, le

* L'auteur a tenu compte de la jurisprudence rapportée le 1er octobre 1983. Bien que l'article traite principalement de recours prévus à la partie XXIII du Code criminel, l'auteur a tenu compte du fait que le champ d'action du plaideur en droit pénal ne se limite pas exclusivement à ces matières. Nous avons donc esquissé certaines règles de contrôle judiciaire particulières au droit administratif du Québec et aux recours institués en vertu de la Loi sur la Cour fédérale. De même, nous avons invoqué au passage certains arrêts classiques de droit administratif traditionnel. Dans la mesure où le pouvoir inhérent de la Cour supérieure en matière de surveillance et de contrôle découle du Common Law, les principes énoncés dans ces décisions sont susceptibles d'application en droit pénal.

† Pierre Béliveau, avocat, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

mandamus et l'habeas corpus. Toutefois, il faut bien comprendre que les articles 708 à 719 ne font qu'énoncer certaines règles ponctuelles applicables à un ou plusieurs de ces quatre recours extraordinaires de sorte que le droit le régissant nous vient essentiellement du Common Law.

En principe, le contrôle judiciaire en matière criminelle est exercé par la Cour supérieure de juridiction criminelle, telle que définie à l'article 2, et ce, à l'exclusion de la Cour supérieure de juridiction civile.¹ Au Québec, cette règle a eu beaucoup d'importance jusqu'en 1975 puisqu'on avait une cour supérieure de juridiction civile, appelée Cour supérieure, et une cour supérieure de juridiction criminelle, la Cour du banc de la Reine (division criminelle). Ces deux tribunaux étaient présidés par les mêmes juges de sorte que le justiciable ne percevait pas cette distinction. Toutefois, le procureur du requérant devait, au risque de voir échouer son recours, déterminer avec exactitude le tribunal compétent. Aujourd'hui, lorsque la procédure est de nature criminelle, il suffit que le demandeur indique, dans l'intitulé de sa requête, que le recours est présenté en division criminelle de la Cour supérieure. Cette désignation est faite à des fins purement administratives; une erreur en la matière ne saurait donc être fatale puisque le recours serait néanmoins adressé au bon tribunal.

La Cour d'appel possède également une juridiction concurrente de surveillance et de contrôle, en première instance. Toutefois, elle n'exerce ses pouvoirs qu'en des circonstances exceptionnelles comme le cas où un justiciable se serait erronément pourvu en appel plutôt qu'en certiorari.²

L'article 708 précise que la partie XXIII s'applique aux procédures *en matière criminelle*. Il est donc important de déterminer quelle est la nature de la procédure que l'on entend soumettre au pouvoir de surveillance et de contrôle d'un tribunal supérieur. En effet, les dispositions du droit provincial, comme les articles 834 et suivants du Code de procédure civile, sont inapplicables en matière criminelle.³ Par contre, la partie XXIII du Code criminel ne peut s'appliquer si la juridiction exercée par le tribunal assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle n'est pas criminelle. A cet égard, il semble que le critère qui permette de déterminer le caractère civil ou criminel du recours serait que l'acte visé par le recours extraordinaire s'inscrive dans le processus visant primordialement à statuer sur la culpabilité ou l'innocence d'un individu. Ainsi, la Cour suprême a décidé qu'une

¹ *Ministre du Revenu National c. Lafleur*, [1964] R.C.S. 412.

² *Re Hicks and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 91, 38 C.R.N.S. 223 (C.A.M.); *contra*, *P.G. du Québec v. Laurendeau* (1983), 33 C.R. (3d) 350 (C.A.Q.). Dans l'affaire *Goodman c. Rompkey*, [1982] 1 R.C.S. 589, la Cour suprême a étudié la question de savoir si la Cour d'appel peut exercer une juridiction de surveillance et de contrôle sur la Cour supérieure. Toutefois, elle a réglé l'affaire en concluant que la Cour supérieure n'avait pas, en l'espèce, excédé sa juridiction.

³ *Re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526; *Re Baptiste and The Queen* (1982), 65 C.C.C. (2d) 510, 29 C.R. (3d) 286 (C.A.C.B.).

enquête du coroner⁴ ou de la Commission de police du Québec⁵ n'est pas criminelle car son but principal n'est pas la recherche d'un crime.

Il faut également comprendre que la partie XXIII du Code criminel ne peut s'appliquer dans des matières qui relèvent de la compétence provinciale. Il en résulte qu'en droit pénal provincial, le contrôle judiciaire est régi par le Code de procédure civile et plus particulièrement les articles 838 et suivants.⁶ De même, le Parlement, en adoptant la Loi sur la Cour fédérale,⁷ a transféré à la Cour fédérale la juridiction de surveillance et de contrôle sur tout "office, commission ou autre tribunal fédéral" tel que défini à l'article 2 de cette loi.⁸ Conséquemment, sont soumis à cette juridiction les organismes ou personnes nommés en vertu d'une loi fédérale (sauf s'ils sont visés par l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867) ou sous le régime d'une telle loi et exerçant ou prétendant exercer des pouvoirs conférés par une loi du Parlement ou sous le régime d'une telle loi. Il faut toutefois souligner que les articles 18 et 28 de la Loi sur la Cour fédérale, qui attribuent aux divisions de première instance et d'appel la juridiction de surveillance et de contrôle, ne prévoient pas le recours en habeas corpus. Il en résulte que la Cour supérieure conserve un pouvoir exclusif en la matière.⁹ Un problème se pose lorsqu'un justiciable veut joindre un recours en certiorari ancillaire à une requête en habeas corpus contre un "office, commission ou autre tribunal fédéral". Dans l'arrêt *R. c. Mitchell*, quatre juges ont mentionné en passant qu'il faut alors se pourvoir en certiorari devant la Cour fédérale¹⁰ tandis que trois ont décidé le contraire¹¹ et deux ne se sont pas prononcés. Deux décisions récentes de cours d'appel ont reconnu la juridiction de la Cour supérieure en un tel cas.¹² Au Québec, la pratique reconnaît cette possibilité. Cette interprétation nous semble la plus conforme aux objectifs d'une justice rapide, simple et efficace et au droit du justiciable de recourir pleinement à l'habeas corpus.

Comme l'article 2 de la Loi sur la Cour fédérale ne vise que les personnes ou organismes nommés en vertu d'une loi fédérale (sauf s'ils

⁴ *R. c. Faber*, [1976] 2 R.C.S. 9, à la p. 30.

⁵ *Di Iorio et al. c. Gardien de la prison commune de Montréal et al.*, [1978] 1 R.C.S. 152, à la p. 192.

⁶ *Roy c. R. et Cour des sessions de la paix et al.*, [1974] C.A. 200.

⁷ S.R.C. 1970, 2e supp., ch. 10.

⁸ Dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, la Cour suprême a déclaré qu'en ce faisant, le Parlement a fait de la Cour fédérale une cour supérieure.

⁹ *Ex parte Quevillon* (1975), 20 C.C.C. (2d) 555 (C.F.); *In re Augustin et Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1976] C.A. 478, 31 C.C.C. (2d) 160.

¹⁰ [1976] 2 R.C.S. 570, à la p. 595.

¹¹ *Ibid.*, aux pp. 577 ss.

¹² *Re Cardinal and Oswald and the Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 252 (C.A.C.B.); *Re Miller* (1982), 29 C.R. (3d) 153 (C.A.O.).

sont visés par l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867), les tribunaux et les juges qui exercent une juridiction criminelle demeurent toujours assujettis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure¹³ sauf s'ils agissent à titre de *persona designata*.¹⁴ La Cour fédérale pourra également exercer ses pouvoirs de surveillance sur un juge d'une cour supérieure, en principe non assujetti au contrôle judiciaire, lorsque ce dernier agit à titre de *persona designata* en vertu d'une loi fédérale,¹⁵ de la même manière que la Cour supérieure du Québec pourrait exercer un pouvoir identique sur un de ses membres qui agirait comme personne désignée en vertu d'une loi de la province.

Traditionnellement, on considérait qu'un juge agit comme personne désignée lorsqu'il apparaissait, à l'étude de la législation pertinente, que la juridiction qu'il exerçait était particulière, distincte et exceptionnelle par rapport à ses fonctions quotidiennes.¹⁶ Ainsi, la Cour suprême avait décidé, en vertu de ce critère, qu'un juge siégeant comme commissaire en extradition agit comme personne désignée.¹⁷ Toutefois, dans l'arrêt *Ministre des Affaires Indiennes et du Développement du Nord c. Sean Ranville*,¹⁸ la Cour a écarté ce critère difficile d'application et décidé que lorsqu'une juridiction est attribuée à un juge, elle l'est comme membre de la cour à moins d'une disposition explicite au contraire.¹⁹ En ce faisant, le juge Dickson a expressément reconnu que cette décision entraînait en conflit avec l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*,²⁰ de sorte qu'on peut croire que la Cour fédérale n'aurait plus de juridiction de surveillance en matière d'extradition.²¹ En droit pénal, les recours en vertu des articles 18 et 28 de la Loi sur la Cour fédérale seront donc surtout utilisés en matière de droit carcéral et de libération conditionnelle.

Avant d'étudier les quatre recours mentionnés à l'article 708 du Code criminel, on peut se demander si l'énumération qui y est faite est exhaustive et exclut la possibilité de se prévaloir d'autres moyens de contrôle judiciaire. A cet égard, on peut surtout penser à l'action et à la requête pour

¹³ *Vardy c. Scott*, [1977] 1 R.C.S. 293; *R. c. Collins*, [1980] 1 F.C. 146 (C.A.F.).

¹⁴ *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, *supra*, note 8.

¹⁵ *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, *ibid.*

¹⁶ *Sous-Procureur Général du Canada c. Herman*, [1979] 1 R.C.S. 729.

¹⁷ *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, *supra*, note 8.

¹⁸ (1983), 139 D.L.R. (3d) 1.

¹⁹ Nous soumettons que lorsqu'un juge est désigné pour exercer une fonction que la loi ne réserve pas spécifiquement à un juge — comme président d'une commission d'enquête — la règle énoncée par la Cour suprême ne s'applique pas et il doit alors être considéré comme personne désignée.

²⁰ *Supra*, note 8.

²¹ Le juge Dickson a fait explicitement référence aux pages où le juge Pigeon avait conclu, dans l'arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, *ibid.*, qu'un juge siégeant en matière d'extradition agissait à titre de personne désignée.

jugement déclaratoire qui prend de plus en plus d'importance en matière civile.²² En matière pénale, ce recours pourrait avoir de l'intérêt pour un justiciable désireux de respecter la loi et qui s'interrogerait sur la légalité d'une conduite qu'il envisage.

A cet égard, il importe de souligner que ce recours est de nature statutaire.²³ Or, ni le Code criminel ni les règles de pratique de la Cour supérieure en matière criminelle ne prévoient de dispositions sur ce point. Par contre, les articles 453 et 462 du Code de procédure civile permettent l'institution de ce recours par voie de requête ou d'action. De même, l'article 17(1) de la Loi sur la Cour fédérale confère à la division de première instance de la cour juridiction pour ordonner un "redressement" contre la Couronne, lequel "redressement" peut, en vertu de l'article 2, être obtenu par voie de déclaration. L'article 18 a) permet un semblable recours pour contrôler judiciairement un "office, commission ou autre tribunal". En vertu de la règle de pratique 603 de la Cour fédérale, une telle déclaration doit être demandée par voie d'action.

Dans l'affaire *Law Society of British Columbia c. A.-G. of Canada*,²⁴ la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que l'article 17 n'avait pas pour effet d'exclure le pouvoir d'une cour supérieure dans le cas d'un recours déclaratoire dont l'objet n'est pas patrimonial, comme un recours visant à faire interpréter une loi ou à la faire déclarer inconstitutionnelle.²⁵ Par ailleurs, dans l'arrêt *Fee c. Bradshaw*,²⁶ la Cour suprême a décidé que l'article 18 ne s'applique que dans le cas où un "office, commission ou autre tribunal fédéral" rend une décision ou exerce une discrétion administrative. Cette disposition ne pourrait donc

²² Nous ne connaissons qu'un seul cas où on a recouru à l'action déclaratoire. Dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada et al. c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, la Cour suprême a reconnu l'intérêt d'un justiciable pour contester par cette voie la constitutionnalité des dispositions du Code criminel concernant l'avortement thérapeutique.

²³ H.W.R. Wade, *Administrative Law* (5^e éd., 1982), pp. 522-523. Pour une opinion plus nuancée, voir J.M. Evans, de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd., 1973), pp. 425 ss.

²⁴ (1980), 108 D.L.R. (3d) 753. Voir aussi la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Minister of Justice of Canada c. Borowski*, [1981] 1 W.W.R. 1.

²⁵ La Cour suprême, (1982), 137 D.L.R. (3d) 1, a confirmé cette décision dans le cas d'une déclaration visant à faire déclarer une loi inconstitutionnelle. Elle n'a pas statué sur l'autre partie de la proposition. Dans l'arrêt *Canada Labour Relations Board c. Paul Langlois Inc.* (1983), 146 D.L.R. (3d) 292, la Cour suprême a décidé qu'une cour supérieure peut également statuer sur l'applicabilité constitutionnelle d'une disposition à l'égard d'un "office, commission ou autre tribunal fédéral". Par ailleurs, dans l'affaire *Northern Telecom Canada Ltd c. Communication Workers of Canada* (1983), 147 D.L.R. (3d) 1, la Cour suprême a décidé que la Cour fédérale peut, à l'occasion d'un recours institué en vertu des articles 18 ou 28 de la Loi sur la Cour fédérale, statuer sur la constitutionnalité d'une loi.

²⁶ [1982] 1 R.C.S. 609.

s'appliquer pour faire interpréter une loi ou faire statuer sur sa constitutionnalité.

Il faudrait donc, pour obtenir un jugement déclaratoire, s'adresser à la Cour supérieure. Si le recours est de nature criminelle, il ne pourrait être exercé puisque le droit ne le prévoit pas. Par contre, s'il est de nature civile, on pourrait se pourvoir en vertu des articles 453 et 462 du Code de procédure civile. Selon nous, une demande visant à faire interpréter une loi ou à la faire déclarer inconstitutionnelle est un recours de nature civile car, comme nous l'avons expliqué plus haut, elle ne vise pas primordialement à faire statuer sur l'innocence ou la culpabilité d'un individu. Le recours pour jugement déclaratoire serait donc recevable dans un tel cas. Par contre, une décision de nature criminelle, au sens que nous venons d'exprimer, ne pourrait être attaquée par une demande de déclaration vu le silence de la loi sur cette question.²⁷

Depuis l'adoption de la Charte des droits et libertés, les tribunaux ont été saisis de diverses demandes de redressement en vertu de l'article 24(1). Dans la majorité des cas les parties ont utilisé les recours traditionnels. Toutefois, la question s'est posée de savoir si une cour peut intervenir par d'autres voies. Dans l'arrêt *P.G. du Québec v. Laurendeau*^{27a} la Cour d'appel du Québec s'est déclarée incompétente pour entendre une "Requête en réparation de la négation du droit à un procès par jury". Selon la cour, les redressements en vertu de l'article 24 doivent être obtenus conformément à la procédure existante. De même, on a décidé qu'un appel ne peut être relogé à l'encontre d'une décision interlocutoire rejetant la prétention de l'accusé qu'on lui avait nié un droit garanti par la Charte.^{27b}

Chapitre I: Le certiorari.

Section I: Actes révisables par certiorari.

Paragraphe I: La règle.

Le recours en certiorari est en principe utilisé pour faire annuler un jugement ou ordonnance prononcé par un tribunal inférieur.²⁸ C'est là la distinction fondamentale entre ce recours et celui en prohibition qui a pour

²⁷ L'hypothèse qu'un justiciable ne se pourvoit pas par voie de recours extraordinaire contre une décision particulière de nature "criminelle" est assez peu plausible. L'impossibilité de demander une déclaration a donc peu de conséquences pratiques. Soulignons cependant qu'une décision rendue par un "office, commission ou autre tribunal fédéral" pourrait être révisée par voie d'action déclaratoire en vertu de l'article 18 de la Loi sur la Cour fédérale, *supra*, note 7.

^{27a} *Supra*, note 2.

^{27b} *R. c. Cameron* (1983), 3 C.C.C. (3d) 496 (C.A.A.).

²⁸ *Morgentaler c. M. le juge Fauteux et P.G. du Québec*, [1972] C.A. 219.

but d'interrompre une procédure non complétée.²⁹ Bien que les tribunaux ne sanctionnent pas de nullité un recours erronément désigné, ils interviendront si un justiciable, pour se soustraire à une règle qui s'applique à une seule de ces procédures, qualifie son pourvoi de façon inexacte. Ainsi, dans l'arrêt *Pearson c. Perron*,³⁰ on a refusé une "prohibition" contre une déclaration de culpabilité au motif qu'admettre le recours serait un moyen de contourner l'interdiction édictée par l'article 710 du Code criminel.

Depuis une dizaine d'années, on a assisté à une importante évolution du droit en matière de contrôle judiciaire de sorte qu'il faut nuancer la règle voulant que le recours en certiorari vise à faire annuler la décision d'un "tribunal inférieur". Dans un premier temps, on a décidé que tout acte judiciaire ou quasi-judiciaire est assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. Ainsi, un commissaire-enquêteur ou un coroner peut être sujet à l'évocation (ou au certiorari ou à la prohibition dans le cas d'un office ou commission fédéral) lorsqu'il émet un subpoena³¹ ou qu'il refuse de reconnaître à une personne le droit d'intervention dans une enquête.³²

De même, dans les arrêts *Nicholson c. Haldimand Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*³³ et *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (no 2)*,³⁴ la Cour suprême a reconnu la possibilité de casser par certiorari un acte posé par un agent administratif, écartant la règle traditionnelle qui voulait que l'excès de juridiction en un tel cas ne soit révisable que par action déclaratoire ou, au Québec, par action directe en nullité.³⁵ Un certiorari peut donc être émis lorsqu'un agent administratif contrevient à la loi³⁶ ou ne respecte pas son devoir d'agir avec équité.³⁷ Ce devoir d'équité est souvent assimilé à l'exigence de la justice naturelle quoiqu'elle puisse avoir un contenu variable et ne pas en comporter toutes les exigences. Ainsi, dans l'arrêt *Re Dubeau and The National Parole*

²⁹ *P.G. du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305.

³⁰ [1975] C.A. 563.

³¹ *P.G. du Québec et Keable c. P.G. du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218.

³² *Re Evans and Milton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 167 (C.A.O.).

³³ [1979] 1 R.C.S. 311.

³⁴ [1980] 1 R.C.S. 602.

³⁵ *R. c. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, ex parte MacCaud*, [1969] 1 C.C.C. 371 (C.A.O.); *R. c. Mitchell*, *supra*, note 10, opinion du juge Ritchie. Il en était ainsi même si l'acte administratif était posé par un magistrat. Voir *Re McKinnon and The Queen* (1976), 24 C.C.C. (2d) 536 (C.A.N.B.).

³⁶ *Re Kurtz and The Queen in Right of Alberta* (1980), 50 C.C.C. (2d) 334 (C.B.R.A.); *P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

³⁷ *Nicholson c. Haldimand Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, *supra*, note 33; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (no 2)*, *supra*, note 34.

Board,³⁸ on a décidé qu'une personne dont la libération conditionnelle est révoquée aura en principe le droit d'être assistée d'un avocat lors de l'audition subséquente à la révocation. Par contre, un comité de révision constitué en vertu de l'article 547 du Code criminel devra normalement informer le procureur du détenu des faits constitutifs du dossier mais il pourra imposer certaines conditions, comme l'interdiction d'en révéler le contenu au client.³⁹ De même, le devoir d'équité pourra se limiter à une simple obligation de ne pas commettre d'injustice sérieuse dans le cas de certaines décisions qui doivent être prises en fonction d'impératifs de sécurité. Il en est ainsi du transfert d'un détenu dans une autre institution carcérale⁴⁰ ou de sa mise en ségrégation.⁴¹

En principe, tout agent administratif est assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures. La Cour suprême a reconnu une exception dans le cas où le gouverneur général agit en vertu de la prérogative royale.⁴² De même, les tribunaux ont toujours refusé de contrôler les actes du procureur général.⁴³ Cette possibilité d'émettre un certiorari à l'encontre d'un agent administratif présente beaucoup d'intérêt en droit pénal, surtout en matière carcérale. Ainsi, on a déclaré qu'une décision d'un comité de discipline d'un pénitencier⁴⁴ ou de la Commission des libérations conditionnelles⁴⁵ peut faire l'objet de révision en vertu de la Loi sur la Cour fédérale.

En droit provincial, le recours à l'évocation pour contrôler l'acte administratif est plus problématique puisque l'article 846 du Code de procédure civile prévoit que la Cour supérieure peut intervenir à l'égard d'un "tribunal".^{45a} Cette difficulté pose le problème plus global de déterminer si cette disposition codifie exhaustivement le pouvoir de surveillance de la Cour supérieure et élimine le Common Law comme source de droit. Il ne nous appartient pas de trancher ce débat. Toutefois, il est intéressant de souligner que, dans un arrêt récent, la Cour d'appel du Québec a unanime-

³⁸ (1981), 54 C.C.C. (2d) 553 (C.F.).

³⁹ *Re Abel and Advisory Review Board* (1981), 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A.O.). Voir aussi *Re McCann and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 180 (C.A.C.B.).

⁴⁰ *Re Rowling and The Queen* (1981), 57 C.C.C. (2d) 169 (H.C.O.).

⁴¹ *Re Cardinal and Oswald and The Queen*, *supra*, note 12.

⁴² *P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, *supra*, note 36.

⁴³ Sur ce point, voir Béliveau, Bellemare et Lussier, *On Criminal Procedure* (1982), pp. 346 ss.

⁴⁴ *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (no 2)*, *supra*, note 34; *R. c. Magrath* (1978), 38 C.C.C. (2d) 67 (C.F.).

⁴⁵ *Re Dubeau and The National Parole Board*, *supra*, note 38.

^{45a} Pour une définition de la notion de tribunal au sens de l'article 846 du Code de procédure civile, voir *Roberval Express c. Transport Drivers, Warehousemen and General Workers Union, Local 106* (1983), 144 D.L.R. (3d) 673 (C.S.C.).

ment accueilli un recours en évocation contre un acte administratif posé par la Commission municipale du Québec.⁴⁶

Il faut bien comprendre que seule une décision portant sur des droits, intérêts, propriété, privilèges ou liberté d'une personne peut faire l'objet d'un certiorari.⁴⁷ Il en résulte que l'acte d'un agent administratif ne peut être attaqué par certiorari lorsqu'il dépose un certificat attestant un fait⁴⁸ ou qu'il exerce un pouvoir de nature législative⁴⁹ ou de simple recommandation.⁵⁰ Toutefois, la jurisprudence assimile à une décision la recommandation qui est un prérequis à une décision⁵¹ ou une recommandation — comme celle au lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de l'article 547 du Code criminel — qui exercera une influence déterminante sur la décision.⁵²

Paragraphe II: Le problème juridictionnel découlant de la Loi sur la Cour fédérale.

Dans le cas d'un acte posé par un "office, commission ou autre tribunal fédéral", il est important de qualifier la nature de la décision rendue car le pouvoir de révision et la juridiction de surveillance et de contrôle varient en conséquence.

En effet, l'article 18 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la division de première instance juridiction en matière de certiorari. Toutefois, l'article 28 prévoit que "Nonobstant l'article 18 . . . , la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire rendue à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral . . ." Comme nous le verrons plus loin, les motifs d'annulation énumérés dans la disposition sont plus étendus qu'en matière de certiorari traditionnel.

Le paragraphe (3) de l'article 28 précise qu'en un tel cas la division de première instance est incompétente. Cette disposition a donc pour effet, en certains cas, d'exclure la juridiction de la division de première instance en

⁴⁶ *St-Hilaire c. Bégin et al.*, [1982] C.A. 25.

⁴⁷ *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (no 2)*, *supra*, note 34, à la p. 628.

⁴⁸ *Fee c. Bradshaw*, *supra*, note 26.

⁴⁹ *P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, *supra*, note 36.

⁵⁰ *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12; *Johnston c. Laniel*, [1981] C.S. 985. On peut toutefois se demander si cette règle n'est pas appelée à évoluer. Voir à ce sujet *Re Mackenzie and MacArthur et al.* (1981), 57 C.C.C. (2d) 130 (C. Sup. C.B.) et *St-Hilaire c. Bégin et al.*, *supra*, note 46.

⁵¹ *Saulnier c. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572.

⁵² *Re Abel and Advisory Review Board*, *supra*, note 39; *Re McCann and The Queen*, *supra*, note 39.

matière de certiorari en permettant d'instituer, devant la Cour d'appel, un recours qui lui est apparenté.

Dans l'arrêt *Ministre du Revenu National c. Coopers and Lybrand*,⁵³ le juge Dickson a analysé l'article 28 et défini les conditions d'ouverture du recours qui y sont prévues. Dans un premier temps, il rappelle qu'il faut se demander si "l'objet de la contestation est une 'décision ou ordonnance' au sens pertinent?". Il en résulte qu'une décision préliminaire ou interlocutoire ne peut être contestée en division d'appel de sorte que la division de première instance a juridiction exclusive en matière de prohibition. Ensuite, il faut souligner que la décision doit avoir été rendue par un "office, commission ou autre organisme fédéral"⁵⁴, et ce, à l'occasion de procédures.⁵⁵ Enfin, la décision ou ordonnance ne doit pas en être une "de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire".

Cette quatrième condition est celle qui a posé le plus de difficultés aux tribunaux. A la lecture, on peut constater qu'une décision ou ordonnance judiciaire ou quasi-judiciaire peut être annulée en vertu de l'article 28(1), ce qui exclut la juridiction de la division de première instance pour émettre un certiorari dans un tel cas.⁵⁶ De même, il appert que la division d'appel a compétence pour annuler certains actes administratifs. Il faut donc se demander ce qu'est une décision "qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire". Dans un premier temps, la Cour suprême⁵⁷ a décidé que le terme "légalement" réfère à une loi, à un règlement ou au Common Law, mais non à une directive administrative.⁵⁸

⁵³ [1979] 1 R.C.S. 495, à la p. 500.

⁵⁴ L'article 28(6) exclut du champ de recours en annulation une décision ou ordonnance du gouverneur en conseil, du conseil du trésor, d'une cour supérieure ou de la Commission d'appel des pensions ou relativement à une procédure pour une infraction militaire en vertu de la Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, ch. N-4.

⁵⁵ Le texte de l'article 28(1) ne formule pas cette exigence. Au contraire, il prévoit que la décision doit avoir été "rendue par un office . . . ou à l'occasion de procédures devant un office. . .". La version anglaise traite d'une décision "made by or in the course of proceedings before a federal board. . .". Dans l'affaire *Ministre du Revenu National c. Coopers and Lybrand*, *supra*, note 53, à la p. 499, la Cour suprême a cité l'article 28(1) dans les termes suivants: ". . . made in the course of proceedings. . .". Toutefois, on peut difficilement concevoir qu'une décision assujettie à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire ne soit pas rendue à l'occasion de procédures.

⁵⁶ *Howarth c. Commission Nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453, à la p. 471.

⁵⁷ *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui (no 1)*, [1978] 1 R.C.S. 118; *Ministre du Revenu National c. Coopers and Lybrand*, *supra*, note 53, à la p. 503.

⁵⁸ Dans *Re Laroche and Beisdorfer* (1982), 131 D.L.R. (3d) 152, la Cour d'appel fédérale a décidé qu'une directive a valeur de "loi", au sens de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, lorsqu'une disposition prévoit l'imposition d'une sanction à l'encontre du contrevenant.

Par la suite, le juge Dickson, dans l'arrêt *Ministre du Revenu National c. Coopers and Lybrand*, a défini quatre facteurs à évaluer pour déterminer si une décision administrative est soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire.⁵⁹

- (1) Les termes utilisés pour conférer la fonction ou le contexte général dans lequel cette fonction est exercée donnent-ils à entendre que l'on envisage la tenue d'une audience avant qu'une décision soit prise?
- (2) La décision ou ordonnance porte-t-elle directement ou indirectement atteinte aux droits et obligations de quelqu'un?
- (3) S'agit-il d'une procédure contradictoire?
- (4) S'agit-il d'une obligation d'appliquer les règles de fond à plusieurs cas individuels plutôt que, par exemple, de l'obligation d'appliquer une politique sociale et économique au sens large?

Le juge Dickson a ajouté que cette énumération n'est pas exhaustive et qu'aucun de ces critères n'est déterminant.

Lorsque l'application de ces critères nous permet de conclure qu'une décision administrative "n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire", la division de première instance a compétence pour émettre un certiorari en cas de contravention à la loi ou d'omission d'agir avec équité.

Section II: Objet de la révision.

Le droit commun reconnaît certains motifs qui donnent ouverture au recours en certiorari, à savoir l'absence de juridiction et l'erreur de droit apparente à la face du dossier.⁶⁰ Toutefois, notre droit a prévu des exceptions dans certains cas, notamment en matière de contrôle judiciaire de l'enquête préliminaire et de la révision par la division d'appel de la Cour fédérale.

Paragraphe I: Le droit commun.

Dans un premier temps, il importe de définir les concepts d'absence de juridiction et d'erreur de droit à la face du dossier pour déterminer les cas où un certiorari peut être émis. Toutefois, il faut bien comprendre que même dans ces cas, le recours peut être rejeté puisque le droit prévoit certains motifs d'irrecevabilité.

I. Motifs d'ouverture du recours.

A. L'absence de juridiction.

Pour rendre une décision valide, un tribunal doit posséder une triple

⁵⁹ *Supra*, note 53, à la p. 504.

⁶⁰ *P.G. du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638. En matière criminelle, voir plus spécifiquement les arrêts *Re Hicks and The Queen*, *supra*, note 2, et *Re Regina and Blaney* (1980), 50 C.C.C. (2d) 395 (C. Sup. O.).

juridiction: sur l'infraction reprochée, sur la personne du prévenu et sur le territoire.

1. *Juridiction sur l'infraction.*

Dans son sens le plus étroit, l'expression "juridiction sur l'infraction" réfère au pouvoir que possède un tribunal de juger l'infraction reprochée à l'accusé. Toutefois, cette expression réfère également au pouvoir que possède un tribunal donné de disposer de la dénonciation ou de l'acte d'accusation précisément déposé contre l'accusé. Comme l'a mentionné la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Doyle*,⁶¹ il est plus juste, dans ce dernier cas, de parler de "juridiction sur la dénonciation" ou "sur l'acte d'accusation". En d'autres termes, la juridiction sur l'infraction ne s'apprécie pas uniquement *in abstracto* mais également *in concreto*, c'est-à-dire eu égard à une infraction et en rapport avec les procédures engagées contre l'accusé concernant cette infraction.

L'absence de juridiction sur l'infraction peut découler de deux facteurs. En effet, il est possible qu'un tribunal n'ait jamais eu juridiction sur l'infraction, c'est-à-dire ce que l'on désigne par l'expression absence de juridiction initiale ou absence de juridiction *ab initio*. Par ailleurs, une cour ayant originalement compétence peut avoir perdu sa juridiction. Sur le plan pratique, cette distinction a de l'importance car un jugement rendu sans juridiction *ab initio* est frappé de nullité absolue et peut être déclaré tel à la demande de tout intéressé, tandis que la décision rendue par un tribunal ayant perdu compétence est frappée de nullité relative et n'est annulable qu'en faveur de la partie lésée.⁶² Dans l'arrêt *R. c. Cloutier*,⁶³ la Cour suprême a entériné cette théorie en droit criminel en décidant que le fait de refuser erronément à un accusé le droit de récuser un candidat juré entache un jugement de nullité relative que le poursuivant ne peut invoquer.

a) *Absence de juridiction ab initio.*

Dans son sens le plus étroit, on peut dire qu'un tribunal n'a pas de juridiction *ab initio* lorsqu'il n'a pas le pouvoir de juger l'infraction reprochée dans l'accusation⁶⁴ ou lorsqu'il est présidé par une personne incompétente.⁶⁵ De même, si la compétence d'une cour dépend de la preuve d'un fait préliminaire, c'est-à-dire d'un fait juridictionnel, le tribunal agira sans juridiction *ab initio* si cette formalité n'est pas respectée.

⁶¹ [1977] 1 R.C.S. 597, à la p. 610.

⁶² *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

⁶³ [1979] 2 R.C.S. 709, à la p. 724.

⁶⁴ *R. c. Eross*, [1970] 5 C.C.C. 169 (C.A.C.B.).

⁶⁵ *Re Regina and Ritcey* (1979), 43 C.C.C. (2d) 510, 5 C.R. (3d) 270 (C.A.N.E.). La Cour suprême ([1980] 1 R.C.S. 1077) a infirmé cette décision pour d'autres motifs.

Ainsi, les procédures devant une Cour pour jeunes délinquants seront nulles de nullité absolue en cas d'omission de donner aux parents de l'enfant l'avis exigé par l'article 10(1) de la Loi sur les jeunes délinquants.⁶⁶ Il en est de même du fait de ne pas aviser un accusé, conformément à l'article 689(1)b) du Code, de la présentation d'une requête en détention préventive⁶⁷ ou du défaut de prouver, comme l'exige l'article 133(7) du Code, qu'une personne poursuivie par voie de mise en accusation relativement à un bris de condition a déjà été déclarée coupable de cette infraction.⁶⁸

Le tribunal doit également acquérir juridiction sur la dénonciation ou l'acte d'accusation reprochant une infraction à l'accusé. A cet égard, on a décidé, dans l'arrêt *R. c. MacAskill*,⁶⁹ qu'une cour est investie de cette juridiction lorsqu'un accusé s'est présenté au juge compétent pour recevoir son option ou son plaidoyer selon le cas. Il en résulte qu'un jugement rendu sans qu'un prévenu n'ait jamais comparu serait frappé de nullité absolue.

b) *Perte de juridiction.*

Un tribunal peut perdre sa juridiction de deux manières distinctes, soit en l'épuisant ou en l'excédant. Sur le plan pratique, cette distinction est importante car la cour qui épuise sa juridiction devient *functus officio*, elle ne peut plus agir quant à l'accusation tandis qu'en cas d'excès de juridiction, l'accusation demeure valide même si un certiorari est émis. Les procédures pourront alors être reprises ou continuées en corrigeant le vice qui a été commis.

(i) *Épuisement de la juridiction.*

En principe, un tribunal épuise sa juridiction, c'est-à-dire devient *functus officio*, "when he makes a final pronouncement following a hearing on the merits. He cannot make a fresh adjudication or otherwise interfere with that judgment after finality has been achieved".⁷⁰ Ainsi, dans un procès, la cour a épuisé sa juridiction lorsqu'elle a acquitté l'accusé ou l'a déclaré coupable et lui a imposé une sentence.⁷¹ De même, un juge de paix ne peut, après avoir cité un prévenu à procès, rendre une ordonnance concernant la mise en liberté de ce dernier en vertu de l'article

⁶⁶ R. c. *Smith, ex rel Chmielewski*, [1959] R.C.S. 638.

⁶⁷ R. c. *Sanders*, [1970] R.C.S. 109.

⁶⁸ R. c. *Larose*, [1979] 1 R.C.S. 521.

⁶⁹ (1981), 58 C.C.C. (2d) 361 (C.A.N.E.). Au même effet, voir R. c. *Littlejohn* (1982), 27 C.R. (3d) 263 (C.A.C.B.).

⁷⁰ R. c. *Conley* (1979), 47 C.C.C. (2d) 359, à la p. 364 (C.A.A.); R. c. *Lessard* (1977), 30 C.C.C. (2d) 70, 33 C.R.N.S. 16 (C.A.O.).

⁷¹ R. c. *Pestell* (1977), 31 C.C.C. (2d) 436 (C. Sup. O.).

457.8 (2)b).⁷² Il faut cependant souligner qu'un juge qui est devenu *functus officio* peut toujours poser un acte de nature administrative, comme la rédaction d'un certificat de rejet d'une accusation en vertu de l'article 743 du Code criminel.⁷³ Il peut également prononcer un jugement concernant un outrage au tribunal présumément commis durant les procédures, la juridiction pour sanctionner l'outrage étant considérée comme distincte de la juridiction d'attribution sur l'infraction.⁷⁴

Dans une série de décisions, la Cour suprême a décidé qu'un tribunal épuise également sa juridiction sur l'infraction lorsqu'aucun acte judiciaire n'est posé au moment et au lieu où le prévenu doit se présenter en cour.⁷⁵ Ainsi, dans les affaires *Re Dickie and The Queen*⁷⁶ et *Re Belton and The Queen*,⁷⁷ l'accusé s'était présenté au temps et à l'endroit convenu pour se faire dire que l'affaire n'était pas portée au rôle. On a décidé que le fait d'avoir, sans avis au prévenu, ajourné la cause dans une autre salle ou à un autre moment de la journée,^{77a} ne permettait pas au tribunal de conserver sa juridiction.

Certaines précisions doivent cependant être apportées pour bien saisir la portée de cette règle. Premièrement, un tribunal ne peut épuiser sa juridiction s'il ne l'a jamais acquise, de sorte que l'absence de la cour au moment fixé pour la comparution ne rend pas la dénonciation caduque; la cour pourra par la suite émettre une sommation ou un mandat.⁷⁸ De même, un tribunal peut, avant la date de l'audition, convoquer le prévenu et ajourner l'affaire à un moment ultérieur.⁷⁹ On a également décidé qu'une

⁷² *R. c. Dordevic* (1978), 37 C.C.C. (2d) 367 (C. Dist. T.N.). Dans l'affaire *Re Baker and The Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 476, 23 C.R. (3d) 52, la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est déclarée d'accord avec le principe mais elle a décidé que le juge de paix n'épuise sa juridiction qu'en endossant la dénonciation comme l'exigent les articles 464(4)a) et 484(4)a). Il en résulte qu'il peut rendre une ordonnance concernant la mise en liberté jusqu'à cette étape. Cette décision nous semble contestable car l'endossement de la dénonciation n'est qu'une formalité administrative et non un acte judiciaire.

⁷³ *R. c. Riddle*, [1980] 1 R.C.S. 380.

⁷⁴ *Re McLachlan and Lockyer and The Queen* (1981), 56 C.C.C. (2d) 549, à la p. 557, 17 C.R. (3d) 312 (C. Sup. O.).

⁷⁵ *P.G. de l'Ontario c. Trenholm*, [1940] R.C.S. 30; *R. c. Doyle*, *supra*, note 61; *R. c. Krannenberg*, [1980] 1 R.C.S. 1053. Dans l'arrêt *Re Franklin and the Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 310, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que cette règle ne valait pas après la présentation de l'acte d'accusation. La cour a alors juridiction inhérente pour émettre une sommation ou un mandat d'arrestation.

⁷⁶ (1981), 58 C.C.C. (2d) 369 (C.A.A.).

^{77a} Le seul fait que le juge se présente en retard n'entraîne pas l'épuisement de la juridiction *Re Saskatoon Custom Drywall (1978), Ltd. and the Queen* (1983), 69 C.C.C. (3d) 441 (C.B.R. Sask.).

⁷⁷ (1981), 61 C.C.C. (2d) 499 (C.A.M.).

⁷⁸ *R. c. MacAskill*, *supra*, note 69; *R. c. Littlejohn*, *supra*, note 69.

⁷⁹ *R. c. Joutsu* (1981), 17 C.R. (3d) 289 (C.A.O.).

cour n'épuise pas sa juridiction sur la dénonciation lorsque l'accusé et son procureur se présentent et qu'ils font défaut de faire quelques démarches que ce soit pour que la cause soit appelée.⁸⁰ Enfin, l'omission de poser un acte judiciaire à la date de l'audition d'une affaire collatérale au procès, comme une révision automatique de la détention provisoire en vertu de l'article 459 du Code criminel, n'affecte pas la juridiction du tribunal.⁸¹

Dans l'arrêt *R. c. Doyle*, rendu avant l'adoption de l'article 440.1 du Code criminel, la Cour suprême a étendu le concept d'épuisement de la juridiction au cas où, malgré l'objection du prévenu, une enquête préliminaire avait été ajournée pour quatre mois, ce qui contrevenait aux prescriptions de l'article 465(1)b du Code. Selon le juge Ritchie, un tel procédé "constitue par ailleurs une violation effective du Code" et ne peut être distingué "de ce qui s'est passé dans l'affaire *Trenholm* où l'on avait laissé expirer un ajournement de huit jours".⁸²

Par ailleurs, en s'appuyant sur une jurisprudence bien établie, la Cour suprême souligne avec approbation un certain nombre de causes où un ajournement irrégulier avait été ordonné. On avait alors décidé qu'il n'y avait pas eu perte de juridiction sur l'infraction mais seulement sur la personne, ce qui, comme nous le verrons, entraîne des effets différents. Parmi les arrêts cités, il faut mentionner l'affaire *R. c. Born*⁸³ où le juge Dickson, alors membre de la Cour d'appel du Manitoba, avait approuvé une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans la cause de *R. c. Bence et al.*⁸⁴ Dans cette dernière affaire, on avait jugé qu'un ajournement de plus de huit jours sans le consentement du prévenu, alors absent, n'entraîne pas de perte de juridiction sur l'infraction bien qu'il contrevienne aux dispositions de l'article 738(1) du Code. Il faut donc conclure que, dans l'esprit du juge Ritchie, tout ajournement pour un délai excessif n'entraîne pas l'épuisement de la juridiction sur la dénonciation.

En comparant l'affaire *R. c. Doyle* à celle que nous venons de mentionner, on constate une différence importante sinon fondamentale entre les deux situations, à savoir le fait que, dans le premier cas, le prévenu s'était opposé à l'ajournement irrégulier. Selon le juge Ritchie, cela constitue une "affirmative violation of the Code".⁸⁵ Cette expression, traduite en français par "violation effective du Code", comporte une connotation de défi à la loi et implique, selon nous, une dérogation fondamentale aux règles de droit en matière d'ajournement. Il faudrait donc distinguer le cas où une enquête préliminaire serait, comme dans le cas de *Doyle*, ajournée

⁸⁰ *Re Fontaine and The Queen* (1982), 63 C.C.C. (2d) 91 (C.A.M.).

⁸¹ *Re Gagliardi and The Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 267 (C.A.C.B.).

⁸² *Supra*, note 61, à la p. 609.

⁸³ (1972), 6 C.C.C. (2d) 70, 17 C.R.N.S. 331.

⁸⁴ [1970] 2 C.C.C. 151.

⁸⁵ *Supra*, note 61, à la p. 609.

pour quatre mois afin de permettre l'extradition d'un témoin et celui où elle serait remise pour neuf jours par inadvertance ou par suite de l'encombrement des rôles. Dans la première hypothèse, il y aurait perte de juridiction sur l'infraction, tandis que la seconde situation n'entraînerait qu'une perte de juridiction sur la personne.

Depuis le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Doyle*,⁸⁶ le Parlement a adopté l'article 440.1 qui, comme nous le verrons plus loin, ne modifie pas les règles en matière de perte de juridiction sur la personne. Toutefois, il faut se demander si cette disposition, qui s'applique tant en matière d'acte criminel que de déclaration sommaire de culpabilité,^{86a} permet à un tribunal de reprendre sa juridiction sur l'infraction après l'avoir épuisée. La Cour suprême a clairement répondu par la négative dans le cas où le tribunal a fait défaut de procéder.⁸⁷

Dans l'hypothèse d'un ajournement "en violation effective de la loi", le droit n'est pas fixé. En effet, il faut souligner que lors de l'adoption de l'article 440.1, la jurisprudence ne comportait pas, à notre connaissance, de cas où il y avait eu de telles dérogations à la loi. Au contraire, il s'agissait toujours de dérogation de nature procédurale plutôt que fondamentale. En considérant que l'article 440.1 traite d'un défaut (a failure) de se conformer aux dispositions de la loi et non d'une "affirmative violation of the Code", nous soumettons que le Parlement n'avait pas l'intention de modifier le droit mais uniquement de le codifier. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré, en *obiter*, que l'article 440.1 s'applique même en cas de dérogation fondamentale.⁸⁸

Même si cette opinion devait prévaloir, on pourrait soutenir que même si un tel ajournement n'entraîne pas l'épuisement de la juridiction, il constitue néanmoins un excès de juridiction causé par une dérogation à une disposition impérative du Code.⁸⁹ Le prévenu pourrait alors se pourvoir en prohibition mais la Cour supérieure pourrait alors ordonner la reprise ou la continuation de l'affaire.⁹⁰

⁸⁶ *Ibid.*

^{86a} *R. c. Petersen* (1983), 69 C.C.C. (2d) 385 (C.S.C.).

⁸⁷ *R. c. Krannenberg*, *supra*, note 75; *R. c. Thomson*, [1980] 1 R.C.S. 1063.

⁸⁸ *R. c. Joutsis*, *supra*, note 79. *Contra*, *Kypriotis c. Chaloux*, C. Sup. Montréal, no 500-01-5448-805. Dans l'affaire *Re Ulrich and The Queen* (1978), 38 C.C.C. (2d) 1, la Cour suprême de l'Alberta a décidé que la décision dans la cause de *R. c. Doyle*, *supra*, note 61, aurait été différente si l'article 440.1 avait alors été en vigueur. De même, la Cour d'appel de l'Alberta a formulé un *obiter* en ce sens dans l'affaire *R. c. Krannenberg* (1978), 40 C.C.C. (2d) 409. Toutefois, ces deux dernières décisions n'ont pas fait la distinction entre une dérogation fondamentale à la loi et un manquement d'ordre procédural.

⁸⁹ Dans l'arrêt *R. c. Forsythe*, [1980] 2 R.C.S. 268, aux pp. 271-272, le juge en chef Laskin a déclaré que dans l'affaire *R. c. Doyle*, *supra*, note 61, la perte de juridiction avait été causée par une violation d'une disposition impérative du Code.

⁹⁰ Voir *Re Nikolai and The Queen* (1982), 63 C.C.C. (2d) 165 (C. Sup.Q.).

(ii) *Excès de juridiction.*

Traditionnellement, on regroupe sous deux catégories les cas d'excès de juridiction, soit la dérogation à la loi et la contravention aux règles de justice naturelle ou, dans le cas d'un acte administratif, le manquement aux règles d'équité. Dans un tel cas, la cour qui accorde le recours en certiorari devra décider, eu égard aux circonstances de l'espèce, de casser la décision purement et simplement ou de renvoyer l'affaire devant le tribunal inférieur, lequel sera présidé par le même juge ou par un de ses collègues. Le plaideur devra donc, dans ses conclusions, formuler une demande à cet égard.

aa) *Dérogation à la loi.*

En principe, la dérogation à la loi entraîne un excès de juridiction.⁹¹ Cette dérogation peut consister en une contravention d'une prescription légale. Ainsi, un juge de paix qui refuse au prévenu le droit de contre-interroger un témoin lors de l'enquête préliminaire contrevient aux dispositions de l'article 468(1)a) du Code criminel et perd de ce fait sa juridiction.⁹² Il en est de même s'il refuse à l'inculpé le droit de faire entendre des témoins comme le prévoit l'article 469⁹³ ou s'il n'applique pas le test énoncé à l'article 475 pour rendre sa décision.⁹⁴ Par contre, un tribunal peut aussi déroger à la loi en posant un acte qu'il n'est pas autorisé à poser. Ainsi, un juge de paix qui préside une enquête préliminaire ne possède qu'une juridiction statutaire. Il n'a pas de pouvoirs inhérents, de sorte qu'il excède sa juridiction s'il cite un prévenu à procès pour une infraction révélée par la preuve, sauf si cette infraction est moindre et incluse à une de celles reprochées dans la dénonciation.⁹⁵

Dans les cas que nous venons d'énumérer, la loi à laquelle on avait dérogé était de nature fondamentale, elle était impérative (mandatory). Une contravention à une telle disposition sera généralement fatale. La solution n'est évidemment pas la même lorsqu'une disposition est de nature purement procédurale, directive (directory). Ainsi, on a décidé que le fait, par un juge de paix, de contrevenir à l'article 457(5) en n'inscrivant pas au dossier les motifs de détention provisoire d'un individu n'entraînait pas la nullité de l'ordonnance.⁹⁶ De même, la validité d'un procès n'est pas affectée lorsque, suite à une réoption, le procès a lieu à l'égard d'un acte d'accusation rédigé en la forme prescrite par la formule 3 plutôt que selon la

⁹¹ R. c. *Nat Bell Liquors*, [1922] 2 A.C. 128; R. c. *Forsythe*, *supra*, note 89.

⁹² R. c. *Churchman and Durham* (1955), 110 C.C.C. 382, 20 C.R. 137 (C. Sup. O.).

⁹³ R. c. *Ward* (1976), 31 C.C.C. (2d) 466, 466, 35 C.R.N.S. 117 (C.A.O.).

⁹⁴ *Re Regina and Dubois* (1982), 65 C.C.C. (2d) 513 (C.B.R. Man.); *Re Shumiatcher and The Queen*, [1964] 3 C.C.C. 359, 43 C.R. 146 (C.A.S.). Mais voir la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *Re Regina and Dubois* (1983), 2 C.C.C. (3d) 77.

⁹⁵ R. c. *Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985. Voir aussi R. c. *Doyle*, *supra*, note 61.

⁹⁶ R. c. *Baker* (1974), 13 C.C.C. (2d) 340 (C. Sup. C.B.).

formule 4 comme l'exige l'article 496(1).⁹⁷ Le problème se pose donc de définir un critère qui permette de déterminer la nature obligatoire ou directive d'une disposition législative. A cet égard, nous soumettons que l'existence d'un préjudice possible à l'égard d'une partie est l'élément déterminant.⁹⁸ Si c'est le cas, la loi sera considérée obligatoire et sa dérogation pourra donner ouverture à un certiorari. Toutefois, cette dernière règle n'est pas absolue. En effet, dans l'arrêt *P.G. du Canada c. Korponoy*,⁹⁹ la Cour suprême a décidé qu'une partie peut renoncer au respect de certaines exigences procédurales qui sont édictées en sa faveur. En l'espèce, il s'agissait du défaut de donner un avis de réoption et de lire l'accusation et la formule de nouveau choix en vertu de l'article 492.

Il faut aussi mentionner qu'en principe, une erreur de droit n'affecte pas la juridiction. En effet, un tribunal peut errer sans pour autant déroger à la loi. Ainsi, un juge de paix qui accueille erronément une objection à la preuve n'excède pas sa juridiction car il respecte les dispositions de l'article 468(1a).¹⁰⁰ Toutefois, la commission d'une erreur de droit déraisonnable¹⁰¹ ou la commission délibérée d'une erreur de droit — ce qui équivaut à une fraude à la loi¹⁰² — constitue un excès de juridiction. De même, nous soumettons qu'une erreur de droit constitue un excès de juridiction dans le cas où elle entraîne une contravention à la justice naturelle notamment en portant atteinte au droit à une défense pleine et entière de l'accusé. Ainsi, dans l'arrêt *Légaré c. Chaloux*,¹⁰³ la Cour d'appel du Québec a décidé que le recours en prohibition est irrecevable dans le cas où un juge de paix accueille erronément une objection à la preuve sauf si, en rendant cette décision, il déroge aux règles de justice naturelle. D'ailleurs, on peut se demander si le juge Pigeon ne référerait pas au même principe lorsqu'il déclarait, dans l'affaire *P.G. du Québec c. Cohen*.¹⁰⁴

Rien n'indique que les questions non autorisées visaient autre chose que la crédibilité du témoin. . . . En fait, rien ne démontre que les questions non autorisées portaient sur un point fondamental et que la décision de ne pas les autoriser pouvait réellement influencer sur le résultat final de l'enquête.

⁹⁷ *R. c. Dwyer et Lauzon*, [1980] 1 R.C.S. 481.

⁹⁸ Gilles Létourneau, *Prerogative Writs in Canadian Criminal Law and Procedure* (1976), p. 52.

⁹⁹ [1982] 1 R.C.S. 41.

¹⁰⁰ *P.G. du Québec c. Cohen*, *supra*, note 29.

¹⁰¹ *Syndicat canadien de la fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

¹⁰² *P.G. du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, à la p. 1062.

¹⁰³ [1975] C.A. 368, (1976), 24 C.C.C. (2d) 123. Voir aussi *Raymond c. Frédérick* (1978), 40 C.R.N.S. 112, à la p. 116.

¹⁰⁴ *Supra*, note 29, à la p. 309.

Cette distinction entre l'erreur juridictionnelle et l'erreur à l'intérieur de la juridiction est capitale puisque, comme nous le verrons plus loin, l'absence de juridiction est le seul motif de recevabilité d'un recours en prohibition ou d'un recours en certiorari à l'encontre d'une citation à procès.

bb) *Contravention à la justice naturelle.*

En droit pénal, les principales contraventions aux règles de justice naturelle sont le fait, pour le tribunal, de priver un accusé de son droit à une défense pleine et entière et celui de ne pas agir avec impartialité.

(xx) *La partialité.*

En pratique, la partialité est généralement attaquée par voie de prohibition quoique rien n'interdise d'invoquer ce motif par voie de certiorari. Dans l'affaire *Committee for Justice and Liberty c. Office National de l'Energie*,¹⁰⁵ la Cour suprême a décidé qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve de partialité réelle pour qu'un tribunal perde sa juridiction. Au contraire, il suffit que l'ensemble des circonstances ou le comportement du tribunal puisse donner naissance, chez des personnes assez bien renseignées, à une crainte raisonnable que le juge pourrait ne pas agir d'une façon complètement impartiale. Ainsi, dans l'affaire *Cochrane c. Robert*,¹⁰⁶ la Cour supérieure du Québec a décidé que la présence, dans le dossier de la cour appelée à rendre sentence, d'une fiche de police comportant des informations non prouvées et préjudiciables à l'accusé donne ouverture, chez une personne raisonnable, à une appréhension de partialité. Les tribunaux ont cependant décidé, en invoquant la doctrine de la nécessité, que l'intérêt d'un juge dans la solution d'un litige n'empêche pas ce dernier de présider s'il est impossible que l'affaire soit jugée par une personne qui n'est pas intéressée.^{106a}

Un problème de partialité se pose également lorsque le juge appelé à présider a jugé une affaire dans laquelle le prévenu a déjà été impliqué comme accusé ou comme témoin. En principe, ce fait ne suffit pas à établir la partialité¹⁰⁷ et ce, même si le jugement antérieur indique le rejet du témoignage du prévenu.¹⁰⁸ Toutefois, la jurisprudence précise qu'il y a

¹⁰⁵ [1978] 1 R.C.S. 369, aux pp. 387, 391.

¹⁰⁶ J.E. 82-1118.

^{106a} *Beauregard c. The Queen in right of Canada* (1982), 130 D.L.R. (3d) 433, aux pp. 439 ss (C.F.); *A.G. of Saskatchewan c. Judges*, [1937] 2 D.L.R. 209 (C.P.). Dans ces deux cas, il s'agissait de litige concernant l'obligation des juges visés par l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 de contribuer à un fonds de pension et de payer l'impôt provincial. Voir aussi *Re Ashby et al.* (1934), 62 C.C.C. 132 (C.A.O.).

¹⁰⁷ *Re Nieman and The Queen* (1982), 65 C.C.C. (2d) 187 (C. Sup. Y.). En principe, le juge qui entend l'enquête préliminaire ne doit pas entendre le procès: *Re Regina and Nolin* (1983), 1 C.C.C. (3d) 36 (C.A.M.). Toutefois cette pratique peut être admise dans des districts éloignés et ne constitue pas de ce fait un manque d'impartialité (*Parent c. Gobeil*, 1977, C.A.Q., dist. de Québec, no A-5219).

¹⁰⁸ *Huziak c. Andrychuk* (1978), 1 C.R. (3d) 132 (C.B.R. Sask.).

danger de partialité si, lors de l'audition antérieure, le juge a émis un commentaire négatif sur le témoignage rendu.¹⁰⁹ De même, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Ancil c. Pearson*, a décidé qu'il y a partialité lorsque "the peace and serenity which are so necessary for the proper conduct of cases had ceased to exist".¹¹⁰ Ainsi, le fait de formuler des commentaires injustes ou péjoratifs envers un témoin, un accusé ou son procureur,¹¹¹ le fait de faire preuve d'une agressivité injustifiée envers une partie ou son procureur,¹¹² le fait de donner son opinion sur la crédibilité d'un témoin avant la fin du contre-interrogatoire¹¹³ ou le fait de s'ingérer indûment dans la conduite de la cause¹¹⁴ sont des éléments qui permettent de conclure à la partialité.

(yy) *La violation du droit à une défense pleine et entière.*

En pratique, les cas les plus fréquents de violation du droit à une défense pleine et entière se présentent dans les cas de refus d'ajournement. En effet, le pouvoir d'accorder ou refuser une remise est discrétionnaire mais les tribunaux supérieurs interviendront si cette discrétion n'a pas été exercée d'une manière judiciaire.¹¹⁵ Ainsi, les tribunaux ont reconnu qu'un accusé ne peut être tenu de procéder sans avocat à moins que l'absence de ce dernier soit due à sa propre insouciance ou négligence. Un ajournement devra donc être accordé lorsque, sans aucune faute du prévenu, le procureur de ce dernier ne se présente pas,¹¹⁶ devient incapable d'agir à cause d'un conflit de mandat,¹¹⁷ est retenu devant une autre cour¹¹⁸ ou est congédié par l'accusé pour des motifs valables.¹¹⁹ Toutefois, un accusé ne peut obtenir un ajournement en congédiant arbitrairement son procureur au matin du procès.¹²⁰ De plus, le prévenu doit s'assurer que l'avocat qu'il choisit est disponible à la date fixée par la cour.¹²¹

¹⁰⁹ *Re Downer and The Queen* (1977), 35 C.C.C. (2d) 198 (C. Sup. O.); *Re Hart and The Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 474 (C. Sup. O.).

¹¹⁰ [1974] C.A. 19, à la p. 22.

¹¹¹ *Ancil c. Pearson*, *supra*, note 110; *Sambault c. Long*, [1981] C.S. 489.

¹¹² *Falovitch c. Lessard* (1979), 9 C.R. (3d) 197; *Sambault c. Long*, *ibid.*

¹¹³ *Falovitch c. Lessard*, *ibid.*; *Sambault c. Long*, *ibid.*

¹¹⁴ *Sambault c. Long*, *ibid.*

¹¹⁵ *R. c. Manhas*, [1980] 1 R.C.S. 591; *R. c. Darville* (1957), 116 C.C.C. 113, 25 C.R. 1 (C.S.C.).

¹¹⁶ *R. c. Barrette*, [1977] 2 R.C.S. 121; *Re Gilbert and The Queen* (1975), 20 C.C.C. (2d) 356 (C.A.A.). Dans cette dernière décision, on a jugé que la perte de juridiction dépendait de la preuve d'un préjudice.

¹¹⁷ *R. c. Dunbar et al.* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13, 28 C.R. (3d) 324 (C.A.O.).

¹¹⁸ *R. c. Picket* (1972), 5 C.C.C. (2d) 371 (C.A.O.); *Re Martin and The Queen* (1979), 46 C.C.C. (2d) 215 (C. Sup. C.B.).

¹¹⁹ *R. c. Johnson* (1973), 11 C.C.C. (2d) 101 (C.A.C.B.).

¹²⁰ *R. c. Spataro*, [1974] R.C.S. 253.

¹²¹ *Re R. and Chimienti* (1980), 17 C.R. (3d) 306 (C. Sup. O.).

Les tribunaux ont également reconnu le droit de l'accusé de présenter une défense efficace. Ainsi, un ajournement devra être accordé si l'accusé est pris par surprise par la preuve de la poursuite¹²² ou par le contenu de la dénonciation.¹²³ L'absence d'un témoin essentiel est également un motif d'ajournement. Dans l'arrêt *R. c. Darville*,¹²⁴ la Cour suprême a défini trois conditions que doit remplir la partie qui demande une remise pour ce motif. Ainsi, elle doit, généralement par affidavit, démontrer que la personne absente pourrait rendre un témoignage pertinent. De même, le requérant doit prouver qu'il a pris des moyens raisonnables pour s'assurer de la présence du témoin. Cette preuve se fait généralement par le procès-verbal de signification d'un subpoena quoiqu'on a décidé qu'un ajournement doit être accordé lorsque le procureur de l'accusé était sous l'impression, suite à une conversation avec le poursuivant, qu'une personne devait être assignée par la poursuite.¹²⁵ Enfin, la partie qui demande une remise doit démontrer qu'on peut raisonnablement penser que le témoin absent se présentera ultérieurement devant le tribunal. Ainsi, on a décidé qu'un ajournement peut être refusé lorsque la personne est absente pour cause de maladie et qu'on ne peut établir le moment de sa guérison.¹²⁶

Depuis l'adoption de la Charte des droits et libertés, les tribunaux ont reconnu que la négation de certains droits garantis par ce document constitutionnel peut constituer une violation de la justice naturelle. Toutefois on a mentionné que le rejet d'une requête en vertu de l'article 24(2) est une décision qui porte sur l'admissibilité de la preuve. Une erreur du tribunal sur ce point n'affecte donc pas sa juridiction.^{126a}

2. Juridiction sur le prévenu.

a) Acquisition de la juridiction.

Un tribunal doit acquérir juridiction sur la personne du prévenu, ce qui a lieu par la comparution de ce dernier. A cet égard, la partie XIV du Code prévoit diverses modalités pour faire comparaître ce dernier.

En principe, ces dispositions ne sont pas impératives et leur violation a peu d'effet sur l'acquisition d'une juridiction valide sur la personne de

¹²² *R. c. Caccamo*, [1976] 1 R.C.S. 786. L'affaire *R. c. Dick*, [1969] 1 C.C.C. 147, 4 C.R.N.S. 102 (C. Sup. O.), illustre cette règle. Dans cette affaire, le prévenu ne s'était vu accorder qu'un ajournement de cinq minutes pour préparer le contre-interrogatoire d'un co-accusé contre qui on venait de retirer l'accusation. La Cour suprême de l'Ontario a cassé la citation à procès pour excès de juridiction.

¹²³ *Re Regina and Carter* (1972), 7 C.C.C. (2d) 49 (C. Sup. O.).

¹²⁴ *Supra*, note 115.

¹²⁵ *Re Fernandes and The Queen* (1976), 26 C.C.C. (2d) 309 (C. Sup. O.).

¹²⁶ *R. c. Atkinson (no 1)* (1981), 57 C.C.C. (2d) 489 (C.A.N.B.).

^{126a} *Re Potma and the Queen* (1983), 2 C.C.C. (3d) 383 (C.A.O.); *Re Anson and the Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 119 (C.A.C.B.); *Re Kendall and the Queen* (1983), 2 C.C.C. (3d) 224 (C.A.A.).

l'accusé. En effet, la simple présence du prévenu devant le juge de paix ou le magistrat, lors de la comparution, suffit pour conférer juridiction à ce dernier. Ainsi, on a décidé qu'un juge de paix peut présider une enquête préliminaire malgré le fait que le prévenu ait été conduit devant lui suite à une arrestation illégale.¹²⁷ Dans l'arrêt *R. c. Iaci*, le juge MacDonald a déclaré que "the jurisdiction existed in the Justices and . . . the warrant . . . [was] . . . a proceeding and not a condition precedent"¹²⁸ à la juridiction.

Les tribunaux ont également décidé que le prévenu peut lui-même conférer au juge de paix la juridiction sur sa personne.¹²⁹ L'arrêt *R. c. Gougeon, Haesler and Gray*¹³⁰ illustre parfaitement ce principe. Dans cette affaire, un policier avait remis à Gougeon une citation à comparaître sans la lui faire signer comme l'exige l'article 453.3(4) du Code. Quant à Haesler, il avait signé une promesse de comparaître qui ne contenait pas le texte de l'article 133(5) comme le prévoit l'article 453.3(2). Ils se sont tous deux présentés devant la cour et ont convaincu le juge de paix qu'il n'avait pas juridiction sur leur personne. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a émis un bref de mandamus au motif que la simple présence des accusés, même s'ils ne désiraient que contester la juridiction du tribunal, avait rendu le juge de paix compétent. La Cour d'appel de la Nouvelle-Ecosse a également décidé qu'en matière sommaire, la règle est la même si le procureur du prévenu se présente seul devant le tribunal pour décliner sa juridiction.¹³¹

Bien que les tribunaux considèrent qu'en principe les règles concernant l'acquisition de la juridiction sur la personne ne sont pas impératives, une certaine jurisprudence commence à distinguer les règles d'une nature procédurale, qu'on appelle communément le "process", et celles qui sont de nature juridictionnelle. Ainsi, la Cour d'appel de l'Ontario¹³² et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹³³ ont déclaré, en *obiter*, que l'obligation du juge de paix d'entendre le dénonciateur, en vertu de l'article 455.3(1), est une protection fondamentale apportée aux citoyens contre des poursuites futiles ou vexatoires. Il en résulterait que la comparution subsé-

¹²⁷ *R. c. Iaci* (1926), 44 C.C.C. 274 (C.A.C.B.); *Re Rex c. Isbell* (1928), 51 C.C.C. 362 (C.A.O.); *Re Fisher and The Queen* (1979), 43 C.C.C. (2d) 370 (C. Sup. O.).

¹²⁸ *Supra*, note 127, à la p. 277.

¹²⁹ *Re Siller and The Queen* (1981), 59 C.C.C. (2d) 169 (C.A.C.B.); *R. c. Hranowski* (1981), 54 C.C.C. (2d) 174 (C.A.A.); *Re McGinnis and The Queen* (1980), 51 C.C.C. (2d) 301 (C.A.A.); *Re Maximick and The Queen* (1980), 48 C.C.C. (2d) 417, 10 C.R. (3d) 97 (C.A.C.B.); *R. c. Naylor* (1979), 42 C.C.C. (2d) 12 (C.A.Q.); *R. c. Wetmore* (1977), 32 C.C.C. (2d) 347 (C.A.N.E.).

¹³⁰ (1981), 55 C.C.C. (2d) 218.

¹³¹ *Re Harnish and The Queen* (1980), 49 C.C.C. (2d) 190.

¹³² *R. c. Gougeon, Haesler and Gray*, *supra*, note 130, aux pp. 227-229.

¹³³ *Re Tremblay and The Queen* (1982), 68 C.C.C. (2d) 273, à la p. 280, 28 C.R. (3d) 262.

quente du prévenu ne suffirait pas à conférer au tribunal juridiction sur sa personne. On peut donc croire que deux décisions antérieures au contraire,¹³⁴ qui n'avaient pas fait la distinction entre les règles procédurales et juridictionnelles, seraient écartées.

b) *Perte de juridiction.*

La jurisprudence traditionnelle, dont la Cour d'appel de l'Ontario a fait une excellente synthèse dans l'arrêt *Re Kuhn and The Queen*,¹³⁵ prévoit qu'un ajournement irrégulier fait perdre à un tribunal juridiction sur la personne du prévenu et ce, par opposition à l'absence de procédure qui entraîne l'épuisement de la juridiction d'attribution.

Juridiquement, la distinction a de l'importance car il est possible de reprendre juridiction sur la personne en émettant une sommation ou un mandat. De même, l'accusé peut redonner compétence au tribunal en s'y présentant de sa propre initiative¹³⁶ et ce, même dans le but de contester la compétence de la cour.¹³⁷ Dans un tel cas, les procédures peuvent être continuées au point où elles en étaient au moment de la perte de juridiction.

Comme on peut le constater, l'article 440.1 du Code ne fait que codifier le Common Law en matière de perte de juridiction sur la personne. Il en résulte qu'un ajournement irrégulier aura notamment pour effet d'entraîner la libération des cautions.¹³⁸ Cette règle se justifie par le caractère accessoire de cette procédure dont la validité est assujettie à l'existence de la juridiction du tribunal sur la personne du prévenu.

Sur le plan pratique, il est donc important de distinguer, en matière d'ajournement, la perte de juridiction sur l'infraction et sur la personne car la première est définitive tandis que la seconde peut être corrigée. A cet égard, des problèmes se posent lorsqu'il s'agit de définir les conséquences juridiques d'un ajournement *sine die* et d'un ajournement *pro forma* aux fins de communication de la preuve.

Dans le cas d'un ajournement *sine die*, la Cour d'appel du Québec a décidé, dans l'arrêt *R. c. Pearson*,¹³⁹ qu'une telle procédure n'entraînait qu'une perte de juridiction sur la personne dans le cas où le prévenu est

¹³⁴ *R. c. Pottle* (1980), 49 C.C.C. (2d) 113 (C.A.T.N.); *R. c. Bachman*, [1979] 6 W.W.R. 468 (C.A.C.B.).

¹³⁵ (1975), 19 C.C.C. (2d) 556. Voir aussi *R. c. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.* (1975), 19 C.C.C. (2d) 359 (C.A.A.).

¹³⁶ *R. c. Doyle*, *supra*, note 61, aux pp. 608 ss; *Re Kuhn and The Queen*, *supra*, note 135.

¹³⁷ *Re Regina and Groves* (1972), 5 C.C.C. (2d) 90, 18 C.R.N.S. 136 (C. Sup. C.B.).

¹³⁸ *R. c. Doyle*, *supra*, note 61, à la p. 608. Voir aussi *Kypriotis c. Chaloux*, *supra*, note 88.

¹³⁹ (1982), 66 C.C.C. (2d) 485. Au même effet, voir *R. c. Gravelle*, [1976] C.A. 332. *Contra*: *R. c. Plaa* (1980), 12 C.R. (3d) (C. Sup. O.).

présent et consent à cette procédure. Il en est de même si, sans fixer une date, le tribunal ajourne l'affaire jusqu'à la survenance d'un événement précis, comme la disposition d'une autre accusation.¹⁴⁰ Par contre, il y aura perte de juridiction sur l'infraction si un ajournement *sine die* est prononcé contre la volonté de l'accusé ou sans son consentement.¹⁴¹

Dans le cas d'un ajournement pour communication de la preuve, un problème se pose lorsque l'accusé ne consent pas à une telle procédure et désire que son enquête préliminaire soit tenue dans les huit jours. La Cour d'appel du Québec a décidé qu'un juge de paix doit alors fixer la cause pour qu'elle soit entendue sans par ailleurs préciser l'effet d'une dérogation à cette règle.¹⁴² Toutefois, une décision de la Cour supérieure laisse entendre qu'une perte de juridiction sur l'infraction intervient dans un tel cas.¹⁴³ Cette solution nous apparaît compatible avec les règles de droit général qui sanctionnent de nullité le détournement de pouvoir.¹⁴⁴

3. *Jurisdiction territoriale.*

Il est essentiel d'alléguer la juridiction territoriale dans la dénonciation ou l'acte d'accusation.¹⁴⁵ A défaut, l'accusation peut être renvoyée¹⁴⁶ ou un recours en prohibition accueilli. De même, le poursuivant devra, durant l'enquête préliminaire ou le procès, faire la preuve de la juridiction, à défaut de quoi l'accusé devra être libéré ou acquitté¹⁴⁷ ou un certiorari sera émis.¹⁴⁸

B. *L'erreur de droit apparente à la face du dossier.*

La recevabilité de ce motif en matière de certiorari permet à la Cour qui exerce le pouvoir de surveillance et de contrôle de corriger toute erreur de droit sur l'interprétation d'un statut¹⁴⁹ ou du Common Law. On peut

¹⁴⁰ *R. c. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, *supra*, note 135.

¹⁴¹ *R. c. McClevis, ex parte Wright and Wright* (1971), 1 C.C.C. (2d) 173, 11 C.R.N.S. 354 (C. Sup. O.).

¹⁴² *Mayrand c. Cronier*, [1981] C.A. 503, à la p. 507.

¹⁴³ *Kypriotis c. Chaloux, supra*, note 88.

¹⁴⁴ *La Rush c. Metro Toronto and Region Conservation Authority* (1967), 66 D.L.R. (2d) 310 (C.A.O.); *Brampton Jersey Enterprises Ltd. c. Milk Control Board of Ontario* (1955), 1 D.L.R. (2d) 130 (C.A.O.); Pépin et Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd., 1982), p. 265.

¹⁴⁵ *Re The Queen and Smith* (1974), 16 C.C.C. (2d) 11 (C.A.N.B.); *R. c. Hubbard, ex parte Monahan* (1915), 24 C.C.C. (2d) 127 (C.A.N.B.).

¹⁴⁶ *R. c. Nikolai* (1982), 64 C.C.C. (2d) 86 (C. Sess. P.Q.).

¹⁴⁷ *R. c. Cotroni et Papalia*, [1979] 2 R.C.S. 256; *R. c. O'Brien*, [1965] 2 C.C.C. 165 (C.A.N.B.); *R. c. O'Gorman* (1910), 15 C.C.C. 173 (C.A.O.).

¹⁴⁸ *R. c. Simons* (1976), 30 C.C.C. (2d) 162, 34 C.R.N.S. 273 (C.A.O.).

¹⁴⁹ *Douglas Aircraft Company of Canada Ltd. c. McConnell et al.*, [1980] 1 R.C.S. 245, aux pp. 276-277.

donc conclure que toute question de droit, par opposition à une question mixte ou de fait, peut être révisée par certiorari. Ainsi, un mandat de perquisition pourra être cassé si la dénonciation déposée à l'appui n'allègue pas la commission d'une infraction connue en droit.¹⁵⁰

La notion d'erreur de droit apparente à la face du dossier soulève le problème de déterminer la notion de "dossier". Dans l'arrêt *R. c. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex parte Shaw*,¹⁵¹ Lord Denning a déclaré que le dossier comprend le document qui institue les procédures, les plaidoiries et la décision, mais pas la preuve et les motifs à moins que le tribunal ne décide de les incorporer à la décision. En droit pénal canadien, deux décisions portant sur la notion de dossier à l'enquête préliminaire ont invoqué l'article 478 pour conclure que la preuve fait partie du dossier.¹⁵² Au Québec, cette conclusion ne nous semble pas faire de doute vu l'article 20 des règles de pratique de la Cour supérieure en matière criminelle qui précise que le dossier inclut "toutes les preuves et toutes les pièces".

II. Motifs d'irrecevabilité.

Lorsqu'un requérant ne peut démontrer l'absence de juridiction du tribunal inférieur ou la commission d'une erreur de droit apparente à la face du dossier, le certiorari sera évidemment refusé. Toutefois, la réciproque n'est pas vraie. En effet, le droit prévoit certains motifs d'irrecevabilité en vertu desquels la cour peut rejeter le recours.

A. La discrétion judiciaire.

Comme toutes les autres voies de contrôle judiciaire, le certiorari est un remède discrétionnaire; il ne doit pas être accordé *ex debito justitiae*.¹⁵³ Dans l'arrêt *Harekin c. Université de Regina*,¹⁵⁴ la Cour suprême a toutefois déclaré qu'en cas de défaut de juridiction, le certiorari doit normalement être accordé à moins de circonstances exceptionnelles comme la possibilité d'exercer un autre recours aussi efficace et adéquat.^{154a} Ainsi, dans l'affaire *Re Regina and Dubois*,¹⁵⁵ la Cour du

¹⁵⁰ *Re Regina and Blaney*, *supra*, note 60; *Regency Realities c. Loranger* (1961), 36 C.R. 291 (C.B.R. Qué.). *Contra*, *P.G. du Canada c. Chedrawy* (1981), 23 C.R. (3d) 30 (C. Sup. N.F.). Sur ce point, voir Béliveau, Bellemare et Lussier, *op. cit.*, note 43, p. 182.

¹⁵¹ [1952] 1 K.B. 338 (C.A. Ang.).

¹⁵² *Re Shumiatcher* (1961), 131 C.C.C. 112 (C.A.S.); *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen* (1978), 41 C.C.C. (2d) 308 (C. Sup. O.). Même si les tribunaux ont ultérieurement écarté l'erreur de droit à la face du dossier comme motif pour faire casser une citation à procès, ces décisions conservent quand même un intérêt de principe.

¹⁵³ *P.G. du Québec c. Cohen*, *supra*, note 29; *Re Katz and The Queen* (1980), 52 C.C.C. (2d) 185, 13 C.R. (3d) 277 (C. Sup. O.).

¹⁵⁴ *Supra*, note 62.

^{154a} *Re Regina and Yanke* (1983), 4 C.C.C. (3d) 26 (C.A.S.).

¹⁵⁵ *Supra*, note 94.

Banc de la Reine du Manitoba a refusé de casser une libération invalide de l'accusé à l'enquête préliminaire, vu la possibilité de la poursuite de déposer une nouvelle dénonciation ou de procéder en vertu de l'article 507(3) du Code.

La Cour d'appel du Manitoba a cependant renversé cette décision en alléguant que l'accusation privilégiée n'est pas un recours aussi efficace à cause de la possibilité d'une contestation fondée sur l'abus des procédures. On a donc jugé qu'il était opportun d'émettre le certiorari et de renvoyer l'affaire devant le juge de paix pour qu'il reconsidère sa décision.^{155a}

B. *Le droit d'appel.*

L'article 710a) prévoit qu'un certiorari ne peut être reçu à l'encontre d'une condamnation ou ordonnance lorsqu'un appel a été logé et ce, même s'il n'a pas été mené à sa conclusion. De même, l'article 710b) interdit le recours lorsque l'accusé a comparu, plaidé, que l'affaire a été jugée au fond et qu'un appel aurait pu être interjeté mais ne l'a pas été. Cette dernière disposition a donc pour effet, dans certains cas, de donner force de loi à la pratique qui exige l'épuisement des recours.

Jusqu'en 1970, un certain courant jurisprudentiel refusait de donner effet à l'article 710 dans les cas d'absence de juridiction *ab initio*. La Cour suprême a écarté cette théorie dans l'arrêt *R. c. Sanders*.¹⁵⁶ Dans cette affaire, on a décidé qu'un psychopathe sexuel, condamné à la détention préventive, ne peut faire réviser cette décision par certiorari, même s'il n'a pas reçu l'avis de sept jours francs exigé par l'article 689(1)b) du Code. Il en résulte donc qu'aux fins de l'article 710 b), un accusé peut comparaître, plaider et être jugé au fond par un tribunal dépourvu de juridiction.

Les tribunaux ont interprété strictement chacun des termes de l'article 710 de manière à restreindre le plus possible la portée de cette disposition qui vise à priver le justiciable d'un recours historiquement destiné à le protéger contre l'abus de pouvoir. Toutefois, il n'en découle pas qu'un acte posé sans juridiction pourra toujours être sanctionné par voie de certiorari si l'article 710 ne s'applique pas. En effet, une cour supérieure pourrait néanmoins invoquer son pouvoir discrétionnaire et rejeter un recours qui aurait été exercé abusivement.

Le terme "ordonnance" vise notamment les ordonnances prévues à la définition du terme "sentence" aux articles 601 et 720. Ainsi, un ordre de restitution prononcé en vertu de l'article 653 ne peut être annulé par voie de

^{155a} *Ibid.*

¹⁵⁶ *Supra*, note 67. Dans l'arrêt *Re Beaupré and The Queen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 92, la Cour d'appel du Manitoba a même décidé qu'une personne ne peut attaquer par voie de certiorari une déclaration de culpabilité relative à une infraction que la Cour suprême a ultérieurement jugée *ultra vires*.

certiorari présenté par l'accusé.¹⁵⁷ Par contre, l'imposition d'une sentence en vertu de l'article 664(4)d), c'est-à-dire suite à la révocation d'une ordonnance de probation, n'est pas visée par l'article 710 puisque l'article 601 qualifie cette procédure de "décision".¹⁵⁸ De même, un mandat de dépôt peut être attaqué par certiorari lorsque l'illégalité apparaît à sa face.¹⁵⁹ La portée du mot "ordonnance" ne se limite toutefois pas aux ordonnances rendues en vertu des articles 601 et 720. Ainsi on a décidé qu'une ordonnance de paiement des frais¹⁶⁰ et une sentence de détention préventive¹⁶¹ constituent une ordonnance au sens de l'article 710. Dans le premier cas, cette interprétation est conforme au texte de l'article 744(1) mais elle est plus discutable dans le second puisque l'article 688 précise que la détention préventive est infligée à titre de "peine".

Une certaine jurisprudence a semblé prendre pour acquis que le terme "condamnation" ("conviction" en anglais) comprend la déclaration de culpabilité et la sentence, de sorte qu'une sentence ne pourrait être attaquée par voie de certiorari.^{161a} Le texte des articles 662.1 et 663 justifie cette opinion dans le cas où l'accusé est libéré ou soumis à une ordonnance de probation. Toutefois, cette position nous semble plus discutable lorsque la cour a imposé l'emprisonnement ou l'amende. En effet, les articles 644 et suivants^{161b} n'emploient pas le terme "ordonnance", de sorte qu'une interprétation restrictive de ce mot à l'article 710 exclurait l'emprisonnement et l'amende. De même, nous soumettons que le terme "condamnation" à cette disposition ne comprend pas la sentence. A cet égard, il est important de mentionner que les articles 603 et 605 emploient les termes "conviction" et "sentence" pour définir les droits d'appel des parties. De même, la Cour suprême a décidé à deux reprises que l'article 41(3) de la Loi sur la Cour suprême, qui exclut des appels de "conviction", réfère uniquement à la déclaration de culpabilité, de sorte qu'un appel à ce

¹⁵⁷ *Re Torek and The Queen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 296 (C. Sup. O.).

¹⁵⁸ *Re D'Amour and The Queen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 435, [1978] C.A. 175 (C.A.Q.).

¹⁵⁹ *Ex parte Risby* (1976), 24 C.C.C. (2d) 211 (C. Sup. C.B.). Dans cette affaire, un détenu avait demandé sa mise en liberté par voie d'habeas corpus et l'annulation du mandat de dépôt par voie de certiorari ancillaire. La juridiction de la Cour supérieure, en matière d'habeas corpus, se limite à ordonner la mise en liberté du détenu en examinant le mandat de dépôt mais sans pouvoir le casser. Voir *Re Rex c. Khattar, ex parte Thebault*, [1927] 2 D.L.R. 647 (C.A.N.E.). Il fallait donc joindre un recours en certiorari pour annuler le mandat. Le juge qui annule le mandat de dépôt ne peut également, en se fondant sur l'article 711 (2), imposer la sentence qu'il juge appropriée. *Re Carleton and the Queen* (1983), 2 C.C.C. (3d) 310 (C.A.C.B.).

¹⁶⁰ *Roberts c. P.G. du Québec et al.* (1982), 28 C.R. (3d) 257 (C.A.Q.).

¹⁶¹ *R. c. Sanders*, *supra*, note 67.

^{161a} *Ex parte Risby*, *supra*, note 159, à la p. 217; *Re Gallicano and The Queen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 113 (C.A.C.B.). Mais voir *Re D'Amour and The Queen*, *supra*, note 156.

^{161b} Voir la version anglaise de ces dispositions.

tribunal peut être logé à l'encontre d'une sentence dans la mesure où la cour en accorde la permission en vertu de l'article 41(1).¹⁶² Conséquemment, nous soumettons que l'article 710, qui vise à départager le champ de l'appel de "conviction" et celui du certiorari, doit s'interpréter dans le même sens.¹⁶³

La jurisprudence a également interprété restrictivement le terme "appel". Ainsi, on a décidé que le recours en révision de cautionnement ne constitue pas un "appel" au sens de l'article 710b), de sorte que le certiorari n'est pas irrecevable en la matière.¹⁶⁴ De même, l'article 710b) ne s'applique pas lorsque l'accusé a un droit d'appel qu'il ne peut exercer que sur autorisation de la cour, comme c'est le cas en vertu de l'article 37 de la Loi sur les jeunes délinquants.¹⁶⁵ Enfin, nous soumettons que l'article 710a) ne pourrait être invoqué si l'accusé s'est vu refuser une demande de permission d'appeler. En effet, la Cour suprême a décidé, dans l'arrêt *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*,¹⁶⁶ qu'une telle procédure ne constitue pas un appel.

L'exigence que l'affaire ait été "jugée au fond" a soulevé des difficultés dans le cas où l'accusé a plaidé coupable à l'accusation. Toutefois, la jurisprudence a décidé que, dans un tel cas, l'aveu de culpabilité constitue une dispense à la poursuite de présenter une preuve et une renonciation de l'accusé à soumettre une défense de sorte que le tribunal possède alors tous les éléments pour décider du bien-fondé de la cause et prononcer un verdict de culpabilité.¹⁶⁷

L'article 710 n'empêche pas une personne emprisonnée suite à une condamnation illégale de se pourvoir en habeas corpus pour obtenir sa mise en liberté. De même, dans le cas où le délai d'appel serait expiré mais la sentence non prononcée, l'accusé pourrait se pourvoir en prohibition pour empêcher qu'elle ne le soit.¹⁶⁸ Enfin, on a décidé que l'article 710 n'est pas

¹⁶² *R. c. Hill*, [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Gardiner* (1982), 68 C.C.C. (2d) 477.

¹⁶³ On peut également ajouter que l'appel d'une sentence, en matière d'acte criminel, n'est pas un recours de plein droit.

¹⁶⁴ *Re Keenan and The Queen* (1981), 57 C.C.C. (2d) 267, 12 C.R. (3d) 135, [1979] C.A. 446 (C.A.Q.). A moins de circonstances exceptionnelles, la Cour supérieure rejettera une telle requête en certiorari en invoquant la règle de l'épuisement des recours, *i.e.* l'obligation de se pourvoir au préalable en révision en vertu des articles 457.5 et 457.6.

¹⁶⁵ *R. c. W.* (1977), 31 C.C.C. (2d) 110, 35 C.R.N.S. 351 (C.A.M.). Dans cette affaire, on a permis à l'accusé de présenter simultanément une requête pour permission d'appeler et un recours en certiorari contre une ordonnance de transfert rendue en vertu de l'article 9(1). Voir aussi *R. c. Heins* (1956), 114 C.C.C. 244 (C. Sup. O.); *Re Regina and Ritcey*, *supra*, note 65.

¹⁶⁶ [1980] 1 R.C.S. 639.

¹⁶⁷ *Roberts c. P.G. du Québec*, *supra*, note 160; *Re Gallicano and The Queen*, *supra*, note 161a. *Contra: Re Regina and Yanke*, *supra*, note 154a.

¹⁶⁸ *Cochrane c. Robert*, *supra*, note 106. Dans un tel cas, la déclaration de culpabilité ne peut être cassée et demeure valide.

opposable au poursuivant.¹⁶⁹ Toutefois, le principe de l'autorité de la chose jugée interdit à la poursuite d'attaquer par certiorari un acquittement prononcé erronément lorsque le tribunal inférieur n'a pas excédé sa juridiction.¹⁷⁰ De même, la possibilité d'exercer un droit d'appel peut inciter la Cour supérieure à rejeter la demande en invoquant sa discrétion fondée sur le fait que la poursuite n'a pas épuisé ses recours.^{170a}

C. La déclaration de culpabilité bien fondée et valide.

Les articles 711 et 716 du Code criminel imposent à la Cour supérieure le devoir, en certains cas, de refuser d'émettre un certiorari à l'encontre d'une condamnation, ordonnance ou mandat de dépôt pour l'exécution d'une telle ordonnance ou condamnation. Comme dans le cas de l'article 710, ces dispositions ont donc pour effet d'écarter la discrétion de la cour.

L'article 711 prévoit que la cour doit rejeter le certiorari en cas d'irrégularité, vice de forme ou insuffisance lorsque, après étude du dossier, elle est convaincue qu'une infraction de la nature de celle alléguée a été commise, que le tribunal inférieur avait juridiction pour rendre sa décision et que la sentence n'était pas excessive aux termes de la loi. Toutefois, cette dernière condition n'est pas véritablement essentielle puisque si la sentence est illégale, l'alinéa (2) confère à la Cour supérieure l'obligation d'imposer la sentence appropriée ou de renvoyer l'affaire devant le tribunal inférieur.

Le texte introductif de l'article 711 précise que la cour doit être convaincue de la culpabilité de l'accusé et de la juridiction du tribunal inférieur "après avoir examiné les dépositions". Dans l'arrêt *R. c. Lichty, ex parte Zerawsky*,¹⁷¹ on a décidé que cette condition est impérative de sorte que le défaut de consignation des témoignages empêche l'application de l'article 711.

L'article 711(1) *in fine* prévoit que la Cour supérieure possède, eu égard aux procédures, les pouvoirs d'une cour d'appel. Ainsi, elle peut, pour s'assurer que l'accusé était véritablement coupable, entendre une preuve supplémentaire,¹⁷² évaluer si l'irrégularité commise a causé un préjudice à l'accusé,¹⁷³ apprécier le caractère raisonnable du verdict¹⁷⁴ ou

¹⁶⁹ *R. c. Eross, supra*, note 64; *Re Regina and Ritcey, supra*, note 65.

¹⁷⁰ *Re Regina and Ritcey, ibid.*; *R. c. Calvert* (1954), 110 C.C.C. 93 (C.A.N.B.).

^{170a} *Re Regina and Yanke, supra*, note 154a.

¹⁷¹ (1971), 2 C.C.C. (2d) 581 (C. Sup. O.).

¹⁷² Article 610.

¹⁷³ Article 613(1)b(iii).

¹⁷⁴ Article 613(1)a(i).

amender l'accusation.¹⁷⁵ L'article 715 prévoit également qu'une condamnation ou ordonnance ne saurait être écartée pour le seul motif que la preuve de certains documents législatifs n'a pas été faite.¹⁷⁶

L'article 711(1) ne définit pas le genre "d'irrégularité, vice de forme ou insuffisance" visé par cette disposition. L'article 712 précise qu'on peut l'invoquer dans le cas de vices de rédaction de la condamnation ou dans l'hypothèse d'une sentence inférieure au minimum prévu par la loi. Toutefois, on constate, à la lecture de l'alinéa b) de l'article 711(1), que cette disposition ne saurait s'appliquer en cas d'absence de juridiction. Par contre, le paragraphe introductif montre bien que la simple irrégularité procédurale, par exemple, le vice de forme, ne saurait, en elle-même, justifier l'émission d'un certiorari. Ainsi, l'article 711 ne peut s'appliquer lorsqu'une sentence d'emprisonnement consécutif a été prononcée en contravention de la loi¹⁷⁷ mais il peut être invoqué dans le cas où un des deux juges de paix qui ont entendu l'affaire a omis de signer le mandat de dépôt.¹⁷⁸ Selon nous, la disposition peut également s'appliquer dans le cas d'une erreur de droit à la face du dossier. Cette solution semble correcte vu le pouvoir que possède la Cour supérieure d'invoquer l'article 613(1) b)(iii).

L'article 716 prévoit qu'aucun mandat de dépôt ne doit être tenu pour nul sur certiorari ou habeas corpus s'il y est allégué que le défendeur a été déclaré coupable et s'il existe une valide déclaration de culpabilité. Cette disposition ne peut s'appliquer dans le cas d'un mandat de dépôt émis sans juridiction.¹⁷⁹ Comme l'article 711(3) permet également d'amender un mandat de dépôt lors d'un recours en certiorari, on constate que le motif d'irrecevabilité prévu à l'article 716 ne présente aucun intérêt en matière de certiorari car il n'ajoute rien à celui prévu par l'article 711.

Paragraphe II: Les cas particuliers.

I. L'enquête préliminaire.

Dans le cas de l'enquête préliminaire, la Cour suprême a affirmé à trois reprises que seule l'absence de juridiction peut faire l'objet de révision par

¹⁷⁵ *R. c. Ringheim*, [1965] 3 C.C.C. 219 (C. Sup. C.B.); *R. c. Holuboff* (1961), 130 C.C.C. 414. Dans un tel cas, il faudra, comme l'exige l'article 711(3), amender le certificat de condamnation et le mandat de dépôt.

¹⁷⁶ Dans l'arrêt *R. c. Markin*, [1970] 1 C.C.C. 14, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que cette disposition devait être interprétée restrictivement. Voir aussi *R. c. Steam Tanker, Evgenia Chandris*, [1977] 2 R.C.S. 97, et *R. c. Jahn* (1982), 135 D.L.R. (3d) 514 (C.A.A.). Dans cette dernière affaire, on a jugé que l'article 715(1) ne vise pas les règlements municipaux.

¹⁷⁷ *Ex parte Risby*, *supra*, note 159.

¹⁷⁸ *R. c. James* (1916), 25 C.C.C. 23 (C.A.A.).

¹⁷⁹ *Ex parte Risby*, *supra*, note 159.

certiorari, excluant ainsi l'erreur de droit à la face du dossier.¹⁸⁰ On a cependant précisé que "En parlant du défaut de compétence, cette Cour ne faisait pas uniquement référence au défaut de compétence initial du juge ou du magistrat de commencer une enquête préliminaire"¹⁸¹ Le certiorari pourra donc être utilisé en cas d'absence de juridiction sous quelque forme que ce soit.

L'exclusion de l'erreur de droit à la face du dossier comme motif de révision a notamment pour effet de prohiber le recours au certiorari pour casser une citation à procès faite à l'égard d'une dénonciation que le juge de paix aurait déclaré valide malgré un vice de rédaction qui la rend nulle.¹⁸² De même, l'admission¹⁸³ ou l'exclusion¹⁸⁴ erronée d'une preuve ou d'une question ne vicie pas une citation à procès. Seul le refus pur et simple d'un interrogatoire ou contre-interrogatoire,¹⁸⁵ sa limitation arbitraire¹⁸⁶ ou la commission d'une erreur de droit déraisonnable¹⁸⁷ ou délibérée¹⁸⁸ peut donner ouverture à un certiorari.

L'exclusion de l'erreur de droit à la face du dossier comme motif de certiorari a entraîné plusieurs difficultés d'interprétation en matière de révision de la preuve justifiant une citation à procès. La Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée une première fois dans l'arrêt *R. c. Pickett*.¹⁸⁹ Dans cette affaire, la poursuite voulait mettre en preuve, lors de l'enquête préliminaire, une confession extrajudiciaire du prévenu, laquelle constituait la seule preuve incriminante contre lui. Le juge de paix admet avoir un

¹⁸⁰ *R. c. Forsythé, supra*, note 89; *P.G. du Québec c. Cohen, supra*, note 29; *R. c. Patterson*, [1970] R.C.S. 409.

¹⁸¹ *R. c. Forsythe, supra*, note 89, à la p. 271.

¹⁸² *R. c. Murphy and Bieneck* (1981), 60 C.C.C. (2d) 1, 21 C.R. (3d) 39 (C.A.A.); *Re Regina and Henyu* (1980), 48 C.C.C. (2d) 471 (C.A.C.B.). Il faut cependant faire une exception dans le cas où la dénonciation reproche une infraction créée par une loi *ultra vires*. Voir *R. c. Layton, ex parte Thodas*, [1970] 5 C.C.C. 260, 10 C.R.N.S. 290 (C.A.C.B.), et la jurisprudence qui y est citée.

¹⁸³ *Re Regina and Collos* (1978), 37 C.C.C. (2d) 405 (C.A.C.B.).

¹⁸⁴ *P.G. du Québec c. Cohen, supra*, note 29; *Re Roussel and The Queen* (1980), 48 C.C.C. (2d) 159, 10 C.R. (3d) 184 (C.A.A.); *Re Ferrero and The Queen* (1981), 59 C.C.C. (2d) 93 (C.A.A.).

¹⁸⁵ *R. c. Forsythe, supra*, note 89, à la p. 272. Le juge de paix doit permettre un contre-interrogatoire efficace. Ainsi, dans l'affaire *Re Durette and The Queen* (1979), 47 C.C.C. (2d) 170 (C. Sup. O.), on a décidé qu'un contre-interrogatoire est vide de sens si le magistrat permet que l'interrogatoire-en-chef ait lieu en l'absence du procureur de l'accusé.

¹⁸⁶ *Re Regina and Roulette* (1972), 7 C.C.C. (2d) 244 (C.B.R. Man.). Dans cette affaire, on a décidé qu'un juge ne peut fixer une limite de temps arbitraire à un contre-interrogatoire.

¹⁸⁷ *Syndicat canadien de la fonction publique c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, supra*, note 101.

¹⁸⁸ *P.G. du Québec c. Labrecque, supra*, note 102.

¹⁸⁹ (1976), 28 C.C.C. (2d) 297, 31 C.R.N.S. 239.

doute quant au caractère libre et volontaire de cette déclaration. Toutefois, il rappelle qu'une preuve *prima facie* suffit pour citer un prévenu à procès et il en conclut que la même règle doit s'appliquer en matière d'admissibilité des confessions à l'étape de l'enquête préliminaire. Il cite donc le prévenu à procès et ce dernier se pourvoit en certiorari. La Cour d'appel décide qu'il faut, même à l'enquête préliminaire, faire une preuve hors de tout doute raisonnable du caractère libre et volontaire de la confession mais elle refuse le certiorari en alléguant que le juge de paix a commis une erreur dans l'exercice de sa juridiction en citant le prévenu à procès sans preuve. A la même époque, le même problème a été soumis à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a conclu qu'une erreur concernant l'admissibilité d'une preuve n'affectait pas la juridiction du juge de paix.¹⁹⁰

Dans l'affaire *Re Martin, Simard and Desjardins and The Queen*, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé qu'une cour supérieure ne peut casser une citation à procès au motif que la preuve au dossier n'est pas, comme l'exige l'article 475(1)a du Code, telle qu'un jury convenablement instruit aurait pu prononcer une condamnation. Selon le juge Estey, une telle contravention constitue tout au plus une erreur de droit à la face du dossier et ne peut être révisée par certiorari puisque le juge de paix a agi à l'intérieur de sa juridiction. Toutefois, il ajoute qu'on ne pourrait en dire autant s'il y avait "entire absence of proper material as a basis for the formation of a judicial opinion that the evidence was sufficient to put the accused on trial".¹⁹¹ Les accusés ont demandé la permission d'en appeler de ce jugement mais la Cour suprême a rejeté leur requête.¹⁹² Par contre, ce tribunal a été appelé à se prononcer relativement à une requête en habeas corpus avec certiorari ancillaire concernant ces mêmes accusations. Ayant déclaré que les requérants n'étaient pas dans une situation différente de celle qui prévaudrait en matière de certiorari, le juge Laskin décide que "l'examen de la suffisance de la preuve doit viser à déterminer si le renvoi a été ordonné arbitrairement ou, tout au plus, s'il existait quelques éléments de preuve qui pouvaient permettre de renvoyer l'accusé à son procès".¹⁹³

Les diverses cours d'appel ont majoritairement interprété cette décision comme donnant ouverture au certiorari en cas de citation à procès faite sans preuve.¹⁹⁴ A première vue, on pourrait croire que la jurisprudence a

¹⁹⁰ *R. c. Norgren* (1976), 27 C.C.C. (2d) 488, 31 C.R.N.S. 247.

¹⁹¹ (1978), 41 C.C.C. (2d) 336, à la p. 340.

¹⁹² [1977] 2 R.C.S. VI, IX, XI.

¹⁹³ [1978] 2 R.C.S. 511, à la p. 514.

¹⁹⁴ *P.G. du Québec c. Poirier*, [1981] C.A. 227, (1982), 62 C.C.C. (2d) 452; *Re Stillo and The Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 243, 22 C.R. (3d) 224 (C.A.O.); *Re Robar and The Queen* (1979), 42 C.C.C. (2d) 133 (C.A.N.E.); *Re Demerais and The Queen* (1979), 42 C.C.C. (2d) 287 (C.A.O.). *Contra*, *Re Skogman and The Queen* (1982), 66 C.C.C. (2d) 14 (C.A.C.B.); *Re Moravenski and The Queen* (1981), 55 C.C.C. (2d) 57 (C.A.A.), opinion du juge Stevenson. L'affaire *Re Skogman and The Queen* fait actuellement l'objet d'un appel devant la Cour suprême du Canada.

écarté la règle établie dans l'arrêt *R. c. Pickett*,¹⁹⁵ c'est-à-dire qu'un juge de paix n'exécède pas sa juridiction en citant un prévenu à procès sans preuve. Toutefois, malgré ses propres décisions subséquentes qui ont reconnu le droit au certiorari pour annuler une telle citation à procès,¹⁹⁶ la Cour d'appel de l'Ontario a, à la même époque, refusé ce recours en cas de citation à procès fondée sur le seul témoignage inadmissible d'un conjoint.¹⁹⁷ Selon le tribunal, l'interprétation erronée de l'article 4(3) de la Loi sur la preuve ne constitue qu'une erreur de droit qui n'entraîne pas la perte de juridiction. Malgré la contradiction apparente, il nous semble possible de concilier toutes ces décisions. En effet, si un juge de paix, suite à une interprétation erronée de la loi, admet une preuve qu'il aurait dû rejeter, il se trompe dans l'exercice de sa juridiction. Cette preuve ayant été admise, il peut alors citer le prévenu à procès sans que la Cour supérieure ne puisse intervenir.¹⁹⁸ Par contre, s'il cite un prévenu à procès sans aucune preuve, il ne respecte pas les prescriptions de l'article 475 du Code criminel qui exige une preuve que le juge de paix estime "suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement". En ce faisant, il exerce une juridiction qu'il ne possède pas.

II. *Le recours en annulation prévu à l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.*¹⁹⁹

L'article 28(1) de la Loi sur la Cour fédérale prévoit les conditions d'ouverture du recours en annulation qui peut être exercé contre la décision finale d'un "office, commission ou autre tribunal fédéral" "autre qu'une décision ou ordonnance qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire".

L'alinéa a) de la disposition précise que le recours peut être exercé en cas de manquement aux règles de justice naturelle ou autre excès de compétence ou refus de l'exercer. Comme on peut le constater, le législateur vise l'absence de juridiction qui constitue un cas classique d'ouverture au certiorari. Le refus d'exercer la juridiction peut également faire l'objet

¹⁹⁵ *Supra*, note 189.

¹⁹⁶ *Re Stillo and The Queen*, *supra*, note 194; *Re Demerais and The Queen*, *supra*, note 194.

¹⁹⁷ *Re Mailloux and The Queen* (1981), 55 C.C.C. (2d) 193 (C.A.O.).

¹⁹⁸ Voir *Re MacNamara and R.* (1980), 12 C.R. (3d) 246 (C. Sup. O.).

¹⁹⁹ Il n'entre pas dans le champ de notre étude d'étudier en détail les recours en vertu des articles 18 et 28 de la Loi sur la Cour fédérale. Dans les circonstances, nous avons déjà tenté de clarifier les problèmes de conflit de juridiction entre la Cour supérieure et les divisions de première instance et d'appel de la Cour fédérale. Dans cette partie, nous esquissons sommairement les cas de recevabilité du recours en annulation de l'article 28 pour le distinguer du certiorari traditionnel. Quand au surplus, le lecteur pourra s'en remettre aux ouvrages de doctrine classiques.

d'un recours sous l'article 28.^{199a} Traditionnellement, cette situation donne ouverture au mandamus mais les tribunaux considèrent qu'elle peut être sanctionnée par voie de certiorari.²⁰⁰

L'alinéa b) de l'article 28(1) prévoit que le recours devant la Cour d'appel peut être exercé lorsque la décision est "entachée d'une erreur de droit que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier". De même, l'alinéa c) permet l'annulation d'une décision fondée "sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance".²⁰¹ Comme on peut le constater, le législateur a élargi considérablement la portée traditionnelle du certiorari en permettant de corriger toute erreur de droit et même une erreur de fait grossière. Il faut toutefois mentionner qu'à ce jour, on ne connaît aucune décision fondée sur l'alinéa c) de l'article 28.

L'article 29 de la Loi sur la Cour fédérale précise que les recours en vertu des articles 18 et 28 ne peuvent être exercés lorsqu'un appel peut être interjeté devant la Cour suprême, la division d'appel de la Cour fédérale, le gouverneur-général en conseil ou le conseil du trésor. Il faut toutefois souligner que cette disposition exclut le contrôle judiciaire "dans la mesure où il peut en être ainsi interjeté appel". Théoriquement, un recours en annulation pourrait donc être exercé en invoquant l'alinéa c) de l'article 28 dans un cas où le droit d'appel serait par ailleurs restreint aux questions de droit.

Section III: La procédure.

Les articles 16 à 22 des règles de pratique de la Cour supérieure en matière criminelle prévoient la procédure applicable en matière de certiorari, prohibition et mandamus.

Une telle demande doit être faite par requête à la cour et appuyée d'un ou plusieurs affidavits affirmant la vérité des faits.²⁰² La requête doit être signifiée au tribunal, juge ou fonctionnaire saisi de l'affaire ainsi qu'aux

^{199a} La jurisprudence n'a pas encore tranché définitivement la question de savoir si, dans le cas d'un refus d'exercer la juridiction, le justiciable doit, à l'exclusion de tout recours en mandamus en vertu de l'article 18, demander l'annulation de la décision et l'émission de directives au tribunal inférieur comme le prévoit l'article 52 d). Voir Pépin et Ouellette, *op. cit.*, note 144, p. 430.

²⁰⁰ *Blanco c. Commission des loyers*, [1980] 2 R.C.S. 827, aux pp. 830-831; *Commission des accidents du travail du Québec c. Valade*, [1981] C.A. 37, conf. à [1982] R.C.S. 1103. Ces deux décisions portent sur l'article 846 du Code de procédure civile du Québec qui fusionne les recours en certiorari et prohibition.

²⁰¹ Il ne suffit pas que la conclusion soit erronée; il faut qu'elle soit également "tirée de façon absurde ou . . .". En effet, le texte anglais de l'article se lit comme suit: ". . . an erroneous finding that is made in a perverse or capricious manner . . .". Il est donc clair que la deuxième partie de la phrase qualifie la première.

²⁰² Article 16.

parties. Elle doit être accompagnée d'un avis de présentation, laquelle doit avoir lieu pas moins de cinq jours et pas plus de quinze jours après la date de la signification.²⁰³ Bien que la Cour du Banc de la Reine n'existe plus au Québec et que toute la juridiction de surveillance et de contrôle soit du ressort de la Cour supérieure, le requérant devra, tout au moins pour des fins administratives, indiquer sur sa procédure qu'elle est présentable à la division criminelle de la cour.

L'article 18 prévoit que la requête doit être présentée dans les trente jours du jugement à moins que la Cour supérieure n'accorde, avant ou après son expiration, une extension du délai de présentation. Dans le cas d'un certiorari à l'encontre d'une citation à procès, ce délai d'ordre procédural doit s'apprécier à la lumière de la règle que l'acte d'accusation devient, lorsqu'il est présenté, le document opérant dans la procédure criminelle et constitue alors un nouveau point de départ. Il en résulte qu'un accusé ne peut, à partir de ce moment, contester la régularité de la citation à procès. Dans l'arrêt *R. c. Chabot*,²⁰⁴ la Cour suprême a décidé qu'un acte d'accusation est "présenté" lorsqu'il est produit devant la cour de première instance à l'ouverture du procès et que la cour est prête à commencer le procès.

Sur signification de la requête, le tribunal, le juge ou le fonctionnaire intimé transmet au greffier de la Couronne tout le dossier de l'affaire incluant toutes les preuves et toutes les pièces.²⁰⁵ Il est donc préférable, pour assurer le transfert du dossier, de mettre en cause le greffier de la cour. Lors de la présentation de la requête, le juge peut accorder une remise, permettre aux parties de plaider par écrit et recueillir une preuve.²⁰⁶ Comme on peut le constater, l'audition ne porte pas uniquement sur le bien-fondé des allégués de la requête mais également sur la véracité des faits qui y sont mentionnés. D'ailleurs, l'article 22 précise que le jugement rendu sur la requête est final et le cas échéant, l'intimé doit s'y soumettre pour qu'il soit nécessaire d'émettre un bref à cet effet. Il en résulte donc qu'on ne connaît pas, en droit criminel, la procédure en deux temps qui s'applique en droit civil. De même, il n'est pas juridiquement exact de parler de "brefs" de certiorari, prohibition ou mandamus; l'expression recours extraordinaires est beaucoup plus juste.

Lorsque la Cour supérieure émet un certiorari, elle peut, en vertu de sa juridiction inhérente, rendre diverses ordonnances. Ainsi, le juge, en annulant une perquisition, a discrétion pour ordonner que les biens saisis soient restitués à celui qui y a droit,²⁰⁷ ce qui dispense ce dernier de

²⁰³ Article 17.

²⁰⁴ *Supra*, note 95.

²⁰⁵ Article 20.

²⁰⁶ Article 21.

²⁰⁷ *Bergeron c. Deschamps*, [1978] 1 R.C.S. 243; *Re Butler and Solicitor-General of Canada* (1981), 61 C.C.C. (2d) 512 (C. Sup. C.B.); *Re Jensen* (1977), 36 C.R.N.S. 327

s'adresser aux tribunaux de juridiction civile par voie d'action en revendication. Par contre, il peut, lorsqu'une accusation a été portée, ordonner la rétention des objets susceptibles de servir en preuve.²⁰⁸

L'article 713(1) du Code criminel prévoit que la Cour supérieure peut, par règle générale, prescrire qu'aucune requête en certiorari ne sera entendue avant que le requérant-accusé en première instance ne contracte un ou plusieurs engagements avec caution devant un ou plusieurs juges de paix. La cour peut également prévoir un dépôt plutôt qu'un engagement. Cet engagement ou dépôt servira au paiement des dépens si le requérant succombe. Au Québec, la Cour supérieure n'a pas, par ses règles de pratique, rendu une telle ordonnance. Cette disposition, qui déroge au principe que la procédure criminelle est en principe gratuite,²⁰⁹ doit s'interpréter restrictivement. Ainsi, elle ne saurait justifier l'émission d'une ordonnance en faveur du requérant qui obtient l'émission du certiorari.²¹⁰ De même, elle ne peut s'appliquer en matière d'habeas corpus avec certiorari ancillaire.²¹¹

Les tribunaux ont également décidé que l'article 438(2)c), qui permet l'adoption de règles de pratique sur les frais en matière de recours extraordinaires, ne confère pas un droit d'imposer des dépens mais uniquement d'en réglementer l'adjudication lorsqu'un texte de loi en permet l'imposition.²¹² En principe, la partie qui succombe ne peut donc se voir condamner au paiement des frais. Toutefois, la jurisprudence a reconnu que la Cour supérieure peut, en vertu de sa juridiction inhérente, sanctionner par l'imposition de dépens un requérant qui présente une demande frivole ou abusive ou un juge d'un tribunal inférieur qui a agi de mauvaise foi.²¹³

L'article 717 du Code criminel prévoit qu'une cour ou un juge qui casse une condamnation, ordonnance ou autre procédure peut ordonner qu'aucune poursuite civile ne soit intentée contre le juge de paix, le magistrat de la partie XVI ou toute personne qui a agi en vertu de ces procédures. Cette disposition, qui ne vise pas le juge de la partie XVI, pose tout le problème de l'immunité des tribunaux. Dans l'arrêt *Sirros c.*

(C. Sup. C.B.); *Re Black and The Queen* (1974), 13 C.C.C. (2d) 446, 24 C.R.N.S. 203 (C. Sup. C.B.). Voir Béliveau, Bellemare et Lussier, *op. cit.*, note 43, aux pp. 202-203.

²⁰⁸ *R. c. Pomerleau*, [1978] C.A. 467; *R. c. Model Power* (1981), 21 C.R. (3d) 195 (C.A.O.).

²⁰⁹ *P.G. du Québec c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97 (C.A.Q.).

²¹⁰ *Re Regina and Sheldon* (1972), 8 C.C.C. (2d) 355 (C. Sup. O.).

²¹¹ *P.G. du Québec c. Cronier*, *supra*, note 209.

²¹² *P.G. du Québec c. Cronier*, *ibid.* Au même effet, *Re Regina and Sheldon*, *supra*, note 210; *Re Regina and Nelson* (1981), 51 C.C.C. (2d) 180, 14 C.R. (3d) 66 (C. Sup. O.).

²¹³ *P.G. du Québec c. Cronier*, *supra*, note 209; *Mayrand c. Cronier*, *supra*, note 142.

Moore,²¹⁴ les juges de la Cour d'appel d'Angleterre ont fait l'historique et la revision de cette notion. Selon la jurisprudence traditionnelle, un juge d'une cour supérieure bénéficie d'une immunité absolue de sorte qu'il ne peut être poursuivi civilement pour tout acte posé à titre de juge et ce, même s'il agit sans juridiction et de mauvaise foi.²¹⁵ Par contre, un juge d'une cour inférieure n'a pas d'immunité pour un acte posé sans juridiction lorsqu'il agit de mauvaise foi. Il ne bénéficie donc que d'une immunité relative qui le met à l'abri de poursuites lorsqu'il a agi à l'intérieur de sa juridiction ou qu'il a agi de bonne foi.

Au Canada, le Code criminel classe les cours inférieures en deux catégories, à savoir les cours d'archives et celles qui n'ont pas ce statut. Ainsi, l'article 489(1) précise que le juge de la partie XVI constitue une cour d'archives, ce qui le distingue du magistrat de la partie XVI et du juge de paix.²¹⁶ Dans l'arrêt *Re Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belleville*,²¹⁷ la Cour divisionnelle de l'Ontario a décidé qu'un juge d'une cour inférieure d'archives bénéficie d'une immunité identique à celle attribuée au juge d'une cour supérieure. Selon nous, l'article 717 confirme cette opinion en ne visant pas le juge de la partie XVI.

Dans l'arrêt *Sirros c. Moore*,²¹⁸ la Cour d'appel d'Angleterre a proposé l'abolition de la distinction entre les cours supérieures et les cours inférieures et suggéré qu'elles soient toutes assujetties à une immunité relative. Toutefois, la Cour d'appel du Québec a rejeté cette approche dans l'affaire *Mayrand c. Cronier*.²¹⁹ Selon le tribunal, l'article 717 interdit une telle évolution de notre droit. Par contre, cette disposition permet au juge de la Cour supérieure saisi d'un recours un certiorari de statuer immédiatement sur l'immunité, dégageant le juge du tribunal inférieur de l'obligation d'invoquer sa bonne foi lors d'une action civile ultérieure. Selon la jurisprudence, seuls des motifs graves, comme la mauvaise conduite, la malhonnêteté, la malice ou le comportement oblique du juge, peuvent justifier le refus de l'émission de l'ordonnance prévue à l'article 717.²²⁰ Toutefois, en cas de doute sur la bonne foi du juge, la Cour supérieure doit refuser l'ordonnance et laisser les parties débattre l'affaire devant les tribunaux civils.²²¹

²¹⁴ [1974] 3 All. E.R. 776 (C.A. Ang.).

²¹⁵ En droit canadien, voir *Bengle c. Weir* (1929), 67 C.S. 289; *Lemieux c. Barbeau et Ducros*, [1972] R.P. 357; *Gabriel c. Langlois*, [1973] C.S. 659.

²¹⁶ Sur ce point, voir Béliveau, Bellemare et Lussier, *op. cit.*, note 43, aux p. 55 ss.
²¹⁷ (1977), 33 C.C.C. (2d) 236.

²¹⁸ *Supra*, note 214.

²¹⁹ *Supra*, note 142.

²²⁰ *Mayrand c. Cronier*, *supra*, note 142.

²²¹ *Re Sieger and Avery and The Queen* (1982), 65 C.C.C. (2d) 449, 27 C.R. (3d) 91 (C. Sup. C.B.); *Re Royal Canadian Legion (Branch 177) et al.*, [1964] 3 C.C.C. 381, 44 C.R. 35 (C. Sup. C.B.).

L'article 717 permet également l'émission d'une ordonnance en faveur d'une personne qui a exécuté l'ordre, la condamnation ou le mandat que le juge de paix ou le magistrat de la partie XVI a rendu sans juridiction. On notera que la Cour supérieure peut, si les circonstances le justifient, octroyer la protection au juge de paix et la refuser au fonctionnaire et vice-versa. Ainsi dans l'affaire *Re Sieger and Avery and The Queen*,²²² on a accordé l'immunité au juge de paix qui avait émis un mandat sur la foi d'informations erronées fournies par un policier mais on a refusé le privilège à ce dernier.

L'article 719(1) du Code criminel prévoit qu'on peut en appeler de la décision qui accorde ou refuse un recours en certiorari, mandamus ou prohibition. L'article 719(2) précise que les dispositions de la partie XVIII s'appliquent *mutatis mutandis* à ces appels. Il en résulte notamment que le poursuivant ne peut se pourvoir relativement à des questions de faits ou mixtes de faits et de droit tandis que l'accusé doit obtenir l'autorisation de la Cour d'appel ou d'un de ses juges pour invoquer un tel motif.²²³ Quant au jugement de la Cour d'appel, il peut être attaqué devant la Cour suprême du Canada avec la permission de ce tribunal en vertu de l'article 41(1) de la Loi sur la Cour suprême.

Chapitre II: La prohibition.

Le recours en prohibition a pour but d'empêcher un tribunal inférieur dépourvu de juridiction de prendre une décision concernant une affaire. Contrairement au certiorari, il doit donc être institué avant que le juge n'ait disposé de la clause.²²⁴ Hormis cette distinction qui n'est pas de nature fondamentale, ces deux recours sont très apparentés de sorte qu'il n'est pas rare de voir les commentateurs les traiter simultanément en se contentant de mentionner au passage les quelques règles qui leur sont particulières.²²⁵ D'ailleurs, en droit civil du Québec, le législateur a fusionné la prohibition et le certiorari en un seul recours, l'évocation.²²⁶ Nous nous contenterons dans ce chapitre de mentionner les principales règles pertinentes en la matière en insistant sur celles qui sont particulières à la prohibition. Quand au surplus, il faudra se référer à nos commentaires sur le certiorari.

Section I: Actes révisables par prohibition.

Seul un acte judiciaire ou quasi-judiciaire peut faire l'objet de révision par voie de prohibition. En effet, le droit n'a pas, en la matière, connu

²²² *Ibid.*

²²³ Articles 603 et 605.

²²⁴ *Re Sudar and United States of America* (1982), 64 C.C.C. (2d) 575 (C.A.F.).

²²⁵ Voir notamment Gilles Létourneau, *op. cit.*, note 98, pp. 77 ss; Evans, Janish, Mullan and Risk, *Administrative Law* (1980), pp. 843 ss.

²²⁶ Dans l'affaire *Three Rivers Boatman Ltd c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607, le juge Fauteux a fait l'historique du recours en évocation.

l'évolution du certiorari pour en venir à admettre ce recours à l'encontre d'un acte administratif.²²⁷ La distinction entre acte judiciaire ou quasi-judiciaire et administratif reprend donc toute son importance.²²⁸

Sommairement, on peut affirmer qu'une décision est quasi-judiciaire lorsqu'elle affecte des droits et que l'organisme appelé à trancher doit le faire en appliquant des normes légales, quoique ces normes puissent être subjectives.²²⁹ Par contre, une décision d'accorder ou refuser un privilège, comme en matière de libération conditionnelle,²³⁰ ou une décision purement discrétionnaire,²³¹ comme l'annulation d'un permis d'immigration,²³² est de nature administrative. La jurisprudence exige également qu'une décision soit soumise à certaines normes procédurales minimales — comme la tenue d'une audition — pour être considérée comme judiciaire ou quasi-judiciaire.²³³ Il faut cependant mentionner que l'inverse n'est pas vrai de sorte que l'exigence d'un processus judiciaire n'est pas concluante. Cette conclusion est évidente à la lecture de l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale.

En matière pénale, le processus est essentiellement judiciaire de sorte que de tels problèmes de qualification ne se posent pas. Toutefois, en matière de droit carcéral et de libération conditionnelle, les actes sont généralement administratifs de sorte que les tribunaux supérieurs ne peuvent intervenir par voie de prohibition.

Section II: Objet de la révision.

Paragraphe I: Motifs d'ouverture du recours.

Le recours en prohibition ne peut se fonder que sur l'absence de juridiction; l'erreur de droit à la face du dossier ne peut y donner ouverture.²³⁴ Tous les cas d'absence de juridiction décrits dans notre étude du certiorari peuvent donc justifier l'émission d'une prohibition.

Il en résulte qu'un tel recours ne peut, en principe, être utilisé pour réviser la décision du juge refusant de casser un acte d'accusation pour vice de rédaction sauf si la disposition créant l'infraction est *ultra vires*.²³⁵ Les

²²⁷ A ce sujet, voir Evans, Janish, Mullan and Risk, *op. cit.*, note 225, p. 853.

²²⁸ Sur ce point, on peut consulter avec intérêt, Patrice Garant, *Droit administratif* (1981), pp. 675 ss.

²²⁹ *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, *supra*, note 105.

²³⁰ *Howarth c. Commission Nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 56.

²³¹ *P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, *supra*, note 36.

²³² *Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470.

²³³ *Saulnier c. Commission de police du Québec*, *supra*, note 51.

²³⁴ *R. c. Purzon du Canada et Maranda* (1973), 22 C.R.N.S. 1 (C.A.Q.); *Falovitch c. Lessard*, *supra*, note 112.

²³⁵ *Fontaine c. Dansereau* (1980), 14 C.R. (3d) 158 (C.A.Q.); *Re Pouliot and The Queen* (1979), 41 C.C.C. (2d) 93, 3 C.R. (3d) 243 (C.A.Q.); *Tremblay c. Choquette*, [1975] C.A. 534; *R. c. Jarman* (1972), 10 C.C.C. (2d) 426 (C.A.O.).

tribunaux reconnaissent toutefois qu'on peut se pourvoir en prohibition si un chef d'accusation est présenté par une personne inapte car le procès devient alors entaché de nullité.²³⁶ L'interdiction d'invoquer l'erreur de droit à la face du dossier rend le recours en prohibition irrecevable pour attaquer une erreur d'un tribunal inférieur concernant l'admissibilité d'une preuve²³⁷ ou pour faire réviser un refus d'ordonner l'arrêt de procédures jugées abusives.²³⁸

En pratique, le recours à la prohibition est surtout utilisé en cas de partialité. D'ailleurs, le plaideur aura intérêt à se pourvoir en prohibition dès que se pose la question de partialité plutôt que d'attendre la décision et présenter une requête en certiorari. En effet, il pourra s'avérer difficile de convaincre la Cour supérieure de la partialité du juge si on n'a pas jugé bon de soulever cette question à la première occasion.

Paragraphe II: Motifs d'irrecevabilité.

Le Code criminel ne prévoit aucun motif formel d'irrecevabilité en matière de prohibition comme il le fait dans le cas du certiorari. Toutefois, la jurisprudence reconnaît que le recours est discrétionnaire de sorte que la cour peut tenir compte de divers facteurs, comme le comportement du requérant et l'existence d'un droit d'appel efficace, pour le rejeter. Ainsi, dans l'affaire *Sambault c. Long*, la Cour supérieure du Québec a décidé qu'une partie privée de son droit au contre-interrogatoire doit "sérieusement et professionnellement tenter d'obtenir que le magistrat intimé reconsidère sa décision".²³⁹ Un recours en prohibition pourra être refusé si le procureur de l'accusé évite de signaler l'irrégularité pour ensuite pouvoir s'adresser à la Cour supérieure. De même, dans l'affaire *Re Baptiste and The Queen*,²⁴⁰ la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé qu'un prévenu ne peut, avant le début de son procès, se pourvoir devant la Cour supérieure au motif que l'accusation contrevient à la Déclaration canadienne des droits. Selon nous, cette décision ne doit pas s'interpréter comme une négation du recours lorsque le texte de loi est *ultra vires* mais

²³⁶ *Re Rutheford and The Queen* (1982), 63 C.C.C. (2d) 97 (C. Sup. C.B.).

²³⁷ *R. c. Purzon du Canada et Maranda*, *supra*, note 234; *Falovitch c. Lessard*, *supra*, note 112.

²³⁸ *Re Ball and The Queen* (1979), 44 C.C.C. (2d) 532 (C.A.O.); *Re Asselin and The Queen* (1981), 55 C.C.C. (2d) 332 (C.A.Q.). Voir aussi *Re Stewart and The Queen no (2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 281 (C.A.O.). Plusieurs décisions de cours supérieures sont à l'effet contraire. Voir *Re Young and The Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 252 (C.B.R. Sask.); *Re Smith and The Queen* (1975), 22 C.C.C. (2d) 268, 30 C.R.N.S. 383 (C. Sup. C.B.); *Re Sheehan and The Queen* (1974), 14 C.C.C. (2d) 23 (C. Sup. O.); *Re Regina and Croquet* (1972), 8 C.C.C. (2d) 241, 21 C.R.N.S. 232 (C. Sup. C.B.); *Re Vroom and Lacey* (1974), 14 C.C.C. (2d) 10 (C. Sup. O.); *Re Caria and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 513 (C. Sup. C.B.).

²³⁹ *Supra*, note 111, à la p. 491. Voir aussi *Re Fontaine and the Queen*, *supra*, note 80.

²⁴⁰ *Supra*, note 3.

comme imposant au prévenu d'épuiser ses recours possibles, en l'espèce en présentant une requête pour casser l'accusation.

Dans le cas où un droit d'appel existe, les tribunaux ont déjà refusé le recours à la prohibition lorsque l'appel peut s'avérer aussi efficace et rapide sans être plus onéreux.²⁴¹ Par contre, si la requête en prohibition vise à empêcher le déroulement de procédures irrémédiablement entachées de nullité, le recours sera normalement accordé.²⁴² Il en est de même si le recours vise à faire déclarer *ultra vires* la disposition en vertu de laquelle l'accusation est portée.²⁴³ Dans ces deux derniers cas, la poursuite de l'audition ne peut être qu'une source de gaspillage de temps et d'argent.

Section III: La procédure.

La procédure est régie par les articles 16 à 22 des règles de pratique de la Cour supérieure du Québec, division criminelle, de sorte que les remarques que nous avons faites plus haut valent en principe pour le recours en prohibition.

En pratique, une partie qui désire se pourvoir en prohibition demandera au juge qui préside de lui accorder un ajournement pour lui permettre de s'adresser à la Cour supérieure. La dignité judiciaire veut que la remise soit accordée à moins de circonstances exceptionnelles.^{243a} Toutefois, un procureur qui ferait une telle requête à des fins dilatoires pourrait se voir condamner pour outrage au tribunal.²⁴⁴ Si un ajournement est refusé et qu'il est disposé de l'affaire, le recours en prohibition devient caduc et irrecevable car l'essence du recours est d'empêcher la tenue d'une audition.²⁴⁵

L'article 19 des règles de pratique prévoit qu'à moins d'une ordonnance au contraire d'un juge de la Cour supérieure, la signification de la requête opère sursis des procédures. Dans les provinces où le droit ne comporte pas de dispositions à cet effet, la dignité judiciaire exige que, sauf circonstances exceptionnelles, le juge de première instance interrompe l'audition.^{245a}

Dans l'arrêt *R. c. Batchelor*,²⁴⁶ la Cour suprême a décidé que le juge de première instance est alors dessaisi de l'affaire et que sa juridiction est en

²⁴¹ *R. c. Dnieper, ex parte Rijimax Motors Limited*, [1970] 3 C.C.C. 97 (C. Sup. O.), et arrêts cités; *Re Anson and the Queen*, *supra*, note 126a; *Re Kendall and the Queen*, *supra*, note 126a.

²⁴² *Re Regina c. Lempecki* (1971), 4 C.C.C. (2d) 160 (C. Sup. O.).

²⁴³ *Re Clarke and Clarke and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 308 (C. Sup. T.N.).

^{243a} Voir par analogie *R. c. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1980), 50 C.C.C. (2d) 406, 10 C.R. (3d) 352 (C.A.O.).

²⁴⁴ *Re McLachlan and Lockyer and The Queen*, *supra*, note 74.

²⁴⁵ *Re Sudar and United States of America*, *supra*, note 224.

^{245a} *R. c. Turkiewicz, Barrow and MacNamara*, *supra*, note 243a.

²⁴⁶ [1978] 2 R.C.S. 988.

quelque sorte "dormante". Il en résulte qu'il n'est pas tenu d'ajourner la cause de fois en fois pour éviter un épuisement de juridiction. Par contre, lorsque les tribunaux ont disposé du recours en prohibition, l'article 714 précise que le greffier doit renvoyer le dossier au greffier du tribunal inférieur. Si l'affaire doit être entendue, il suffira d'émettre une sommation ou un mandat.²⁴⁷ Dans le cas où la requête en prohibition ne serait pas entendue à cause de retards injustifiés imputables au requérant, la Cour supérieure pourra émettre une ordonnance de *de procedendo* pour que l'affaire soit entendue devant le tribunal de première instance.²⁴⁸

Si la Cour supérieure accorde la requête en prohibition, elle devra, selon les circonstances de l'affaire, décider si l'audition de la cause doit être arrêtée purement et simplement—comme dans le cas où la juridiction est épuisée—ou ordonner sa continuation en corrigeant l'irrégularité commise ou prescrire une audition *de novo*. Dans ces deux derniers cas, il faudra déterminer si l'affaire sera entendue devant le même juge ou devant un de ses collègues. En pratique, un nouveau juge sera désigné lorsque le recours est accueilli pour cause de partialité.²⁴⁹ Ainsi, dans l'affaire *Cochrane c. Robert*,²⁵⁰ la Cour supérieure du Québec a ordonné que le dossier de l'affaire soit transmis au juge en chef de la Cour municipale de Montréal pour qu'il y retire des rapports de police inadmissibles et confie à un autre juge le prononcé de la sentence.

Dans le cas où un recours en prohibition est accueilli, les cours supérieures ont l'habitude d'émettre, lorsque les circonstances le justifient, une ordonnance d'immunité en faveur du juge de paix ou du magistrat de la partie XVI qui présidait l'affaire.^{250a} Comme l'article 717 du Code prévoit qu'une telle directive peut être émise lorsqu'une procédure est *annulée*, on peut s'interroger sur la légalité d'un tel ordre. Selon nous, le droit commun doit s'appliquer de sorte qu'il appartiendrait, en cas de recours civil, que le juge de paix ou le magistrat soulève son immunité relative.

Chapitre III: Le mandamus.

Section I: Actes révisables par mandamus.

Le mandamus est un recours par lequel on demande à la Cour supérieure d'ordonner à une personne, organisme ou tribunal d'exercer un devoir de nature publique. Ce recours peut donc être exercé à l'encontre d'un agent administratif et non seulement à l'égard d'un tribunal inférieur; le caractère judiciaire du devoir n'est pas pertinent. Ainsi, on a accueilli

²⁴⁷ *Re Regina and Batchelor* (1981), 56 C.C.C. (2d) 20, 17 C.R. (3d) 349 (C. Sup. O.).

²⁴⁸ *Re Dick and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 270 (C. Sup. O.).

²⁴⁹ *Falovitch c. Lessard*, *supra*, note 112; *Sambault c. Long*, *supra*, note 111.

²⁵⁰ *Supra*, note 106.

^{250a} *Falovitch c. Lessard*, *supra*, note 112; *Sambault c. Long*, *supra*, note 111.

une requête en mandamus pour contraindre le responsable de l'escouade des mandats à exécuter un mandat de dépôt contre une personne.²⁵¹ De même, un tel recours peut être dirigé contre un registraire d'arme à feu.²⁵² Dans ces cas, il faudra se pouvoir en vertu du Code de procédure civile ou de la Loi sur la Cour fédérale selon les principes que nous avons exprimés en introduction.

Le critère important, en matière de recevabilité du recours, est le caractère public du devoir. Selon les auteurs, on peut recourir au mandamus pour obtenir l'exécution d'un devoir prévu par la loi, un règlement ou le Common Law.²⁵³ Ainsi, dans l'affaire *Durant c. Forget*,²⁵⁴ le requérant, qui purgeait des peines d'emprisonnement dans un pénitencier relativement à des infractions en vertu du Code criminel, désirait purger concurremment des sentences de détention imposées pour des contraventions au Code de la Route. Devant le refus du responsable d'exécuter immédiatement les mandats de dépôt relatifs à ces dernières infractions, la Cour supérieure du Québec a accueilli un recours en mandamus pour contraindre ce dernier à agir promptement, sanctionnant ainsi un devoir reconnu par la jurisprudence.

Section II: Objet de la révision.

Paragraphe I: Motifs d'ouverture du recours.

I. Le défaut pur et simple d'exercer un devoir.

A. La règle.

Juridiquement, tout défaut pur et simple d'accomplir un devoir de nature publique peut donner ouverture à un mandamus. Ainsi, dans l'affaire *Re Regina and Roulette*,²⁵⁵ on a émis un mandamus pour contraindre un juge de paix à permettre le contre-interrogatoire complet d'un témoin parce qu'un tribunal ne peut fixer une limite de temps arbitraire au contre-interrogatoire. Toutefois, l'erreur sur l'admissibilité d'une question ou d'une preuve ne peut être révisée par voie de mandamus.²⁵⁶ Comme on peut le constater, la règle est la même qu'en matière de certiorari ou de prohibition.

En pratique, il est rare qu'un accusé se pourvoie en mandamus dans le cas d'un défaut d'accomplir un devoir. En effet, une telle contravention constitue un excès de juridiction de sorte qu'on se pourvoit généralement

²⁵¹ *Durant c. Forget* (1982), 24 C.R. (3d) 119 (C. Sup. Q.).

²⁵² *Walker c. Gagnon* (1977), 30 C.C.C. (2d) 177 (C.F.).

²⁵³ H.W.R. Wade, *op. cit.*, note 23, p. 630; J.M. Evans, de Smith, *op. cit.*, note 23, p. 540.

²⁵⁴ *Supra*, note 251.

²⁵⁵ *Supra*, note 186.

²⁵⁶ *Government of the Republic of Italy c. Piperno*, [1982] 1 R.C.S. 320; *Re Depagnie and The Queen* (1977), 32 C.C.C. (2d) 89 (C.A.A.).

en certiorari ou en prohibition. Il ne sera vraiment utile de recourir au mandamus que lorsqu'on désire s'assurer de la tenue, de la continuation ou de la reprise de la procédure attaquée. Par contre, nous avons déjà souligné que la Cour supérieure peut émettre une telle ordonnance accessoire dans le cas où elle accueille une requête en certiorari ou en prohibition. Comme on peut le constater, ces procédures sont assez apparentées quant aux motifs qui en permettent leur recevabilité. Elles se distinguent surtout par les conclusions et les objectifs du requérant. Ainsi, un mandamus peut être émis contre un juge qui fait défaut de se conformer à une directive de la Cour d'appel de reconsidérer une sentence qu'il avait imposée.²⁵⁷ De même, un juge de paix ne peut refuser de recevoir une dénonciation car l'article 455 lui impose l'obligation d'agir. Il exerce alors un acte de compétence liée²⁵⁸ de sorte que son rôle se limite à vérifier la légalité de la dénonciation. A moins que le dénonciateur n'ait pas rencontré les exigences du Code criminel,²⁵⁹ un mandamus pourra être émis pour le contraindre à assermenter le dénonciateur.

Un agent, organisme ou tribunal ne peut refuser de remplir un devoir légal au motif que des conditions non prévues par la loi ne sont pas respectées. Ainsi, dans l'affaire *Walker c. Gagnon*,²⁶⁰ un registraire local d'armes à feu exigeait les empreintes digitales et la photographie des requérants avant de transmettre une demande au Commissaire de la Gendarmerie Royale en vertu de l'ancien article 98(2)b) (devenu 106.1(5)) du Code criminel. Selon lui, cette procédure était nécessaire pour pouvoir transmettre le rapport qu'exigeait l'article 98(3) (devenu 106.1(6)). La Cour fédérale a décidé que l'article 98(3) ne permettait pas au registraire de faire enquête sur la question de savoir si une personne devrait pouvoir posséder une arme à feu mais uniquement de transmettre un rapport à partir de faits qu'il connaît. Dans les circonstances, le registraire ne pouvait exiger la photographie et les empreintes du requérant de sorte qu'un mandamus est émis pour le contraindre à transmettre la demande.

B. *Le cas de l'exercice d'une discrétion.*

En principe, un justiciable ne peut recourir au mandamus pour faire contrôler l'exercice d'une discrétion. Ainsi, on ne peut contraindre par mandamus un juge à accepter ou refuser un plaidoyer de culpabilité car cette décision est discrétionnaire.²⁶¹ Il en est de même à l'égard d'un juge de paix pour obtenir l'émission d'une sommation ou d'un mandat d'arresta-

²⁵⁷ *Re Regina and Rybansky* (1982), 66 C.C.C. (2d) 459 (C. Sup. O.).

²⁵⁸ *Casey c. Automobiles Renault Canada Ltd.*, [1964] 3 C.C.C. 208, à la p. 222 (C.A.N.E.).

²⁵⁹ *Re Bokor and Justices of the Peace* (1971), 4 C.C.C. (2d) 177 (C. Sup. O.).

²⁶⁰ *Supra*, note 252.

²⁶¹ *R. c. Pooley* (1974), 27 C.R.N.S. 63 (C. Sup. C.B.); *Re Dauphney and The Queen* (1976), 29 C.C.C. (2d) 236 (C. Sup. C.B.).

tion suite à la réception d'une dénonciation et ce, même si ce dernier a pu commettre une erreur de fait ou de droit en "estimant qu'on n'en a pas établi la justification" en vertu de l'article 455.3(1)b).²⁶²

Un agent administratif peut établir une politique dans l'exercice de sa discrétion dans la mesure où il traite chaque cas individuellement.²⁶³ Toutefois, ces règles ne restreignent pas sa discrétion, de sorte qu'un mandamus ne pourrait être émis dans l'hypothèse où il prendrait une décision en se fondant sur des motifs autres que ceux prévus à son énoncé de politique.²⁶⁴ Il en est de même si l'agent a erré en appliquant ses critères.²⁶⁵

Un mandamus pourra être émis dans le cas où un tribunal ou agent refuse d'exercer sa discrétion, ne l'exerce pas judiciairement ou l'exerce d'une manière illégale. Ainsi, dans l'affaire *Re Blythe and The Queen*,²⁶⁶ un individu avait déposé une dénonciation reprochant à un policier d'avoir commis des voies de fait. A la pré-enquête, la victime et trois témoins indépendants impliquent le prévenu. Le juge de paix refuse l'émission d'une sommation ou d'un mandat d'arrestation en disant: "Les allégations du dénonciateur suscitent dans mon esprit une question que je ne puis résoudre. Par ailleurs, je sais que la loi me permet d'exercer une discrétion et conséquemment, je refuse l'émission d'une sommation ou d'un mandat." On a jugé qu'il n'y avait pas eu, en l'espèce, exercice judiciaire de la discrétion. En effet, on a considéré que le juge de paix n'avait pas indiqué s'il croyait ou non les témoins pour ensuite rendre une décision en conséquence. La cour a donc ordonné au juge de paix de reconsidérer sa décision. Comme on peut le constater, la cour n'a pas conclu à l'émission d'une sommation ou d'un mandat. En effet, on ne peut jamais recourir au mandamus pour obtenir qu'une discrétion soit exercée dans un sens donné; on ne peut que contraindre le tribunal ou l'agent à utiliser sa discrétion judiciairement.

II. Le défaut présumé d'exercer un devoir.

La jurisprudence assimile à un défaut d'exercer une juridiction le fait, par un tribunal inférieur, de ne pas présider une procédure sur laquelle il a juridiction lorsque le refus découle d'une erreur de droit relative à une

²⁶² *R. c. Jones, ex parte Cohen*, [1970] 2 C.C.C. 374 (C. Sup. C.B.); *Dame Marguerite Dasti c. M. le juge André Duranleau*, [1975] C.A. Montréal, no 10-000083-756.

²⁶³ *Re Purdy* (1975), 20 C.C.C. (2d) 247 (C. Sup. T.N.O.); *Martinoff c. Gossen* (1979), 46 C.C.C. (2d) 368 (C.F.), appel rejeté par la Cour d'appel fédérale à (1979), 46 C.C.C. (2d) 368 n.

²⁶⁴ *Maple Lodge Farms Ltd. c. Government of Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2.

²⁶⁵ *Martinoff c. Gossen*, *supra*, note 263.

²⁶⁶ (1974), 13 C.C.C. (2d) 192 (C. Sup. C.B.) traduction. Au même effet, voir *Re Swan and Tavrydas and The Queen, ex parte Syme* (1980), 48 C.C.C. (2d) 501 (C. Sup. O.).

question préliminaire qui ne concerne pas le mérite de la cause. Cette question peut être de nature juridictionnelle. Ainsi, un mandamus sera émis si un juge de paix conclut erronément qu'il n'a pas juridiction territoriale.²⁶⁷ Sur ce point, le pouvoir de révision de la Cour supérieure est identique selon que le recours exercé en est un en mandamus ou en prohibition. Toutefois, les autres questions préliminaires peuvent également être révisées par voie de mandamus. Ainsi, lorsqu'un juge casse erronément un acte d'accusation ou une dénonciation, un mandamus pourra être émis pour le contraindre à entendre le procès²⁶⁸ ou l'enquête préliminaire.²⁶⁹ De même, si un juge de paix conclut qu'une dénonciation déposée en vertu de l'article 443 est nulle, la Cour supérieure pourra renverser cette décision et lui ordonner de décider s'il est opportun d'émettre un mandat de perquisition.²⁷⁰ Enfin, un mandamus pourra être émis lorsqu'un juge conclut erronément que les procédures sont abusives et en conséquence refuse de tenir un procès.²⁷¹ L'erreur de droit sur une question préliminaire peut donc être révisée par voie de mandamus tandis qu'elle ne peut l'être par prohibition.

Le recours en mandamus ne peut toutefois être reçu dans le cas du défaut, lors de l'audition au mérite, d'exercer un devoir causé par l'interprétation erronée d'une loi. Ainsi, nous avons déjà mentionné qu'une erreur concernant l'admissibilité d'une preuve ne donne pas ouverture à ce recours. De même, on a décidé que l'interprétation par un juge de ses pouvoirs en matière de "mistrial" dans le cas d'un procès sans jury,²⁷² ou des droits de l'accusé en matière de récusation de jurés,²⁷³ ne peut être révisée par voie de mandamus. Nous soumettons que cette règle se justifie par le souci des cours supérieures d'assurer le déroulement expéditif et sans interruption des procès et de confier aux cours d'appel la tâche de corriger les erreurs de droit qui y sont commises.

Paragraphe II: Motifs d'irrecevabilité.

I. La discrétion judiciaire.

Dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*,²⁷⁴ la Cour suprême a décidé que le mandamus est un recours de nature discrétionnaire. Plusieurs facteurs peuvent être pris en considération par la Cour supérieure dans l'exer-

²⁶⁷ *Re The Queen and Smith*, *supra*, note 145; *Re Regina and Fernandes* (1974), 16 C.C.C. (2d) 24 (C. Sup. C.B.).

²⁶⁸ *P.G. de l'Ontario c. Kipp*, [1965] R.C.S. 57.

²⁶⁹ *P.G. du Québec c. Bolduc*, [1982] 1 R.C.S. 573.

²⁷⁰ *Re Adelphi Book Store Ltd and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 49 (C.A.S.).

²⁷¹ *R. c. Rourke*, [1978] 1 R.C.S. 1021.

²⁷² *Re Jassman and The Queen* (1976), 27 C.C.C. (2d) 271 (C. Sup. C.B.).

²⁷³ *Re Jones and The Queen* (1974), 16 C.C.C. (2d) 338 (C.A.O.).

²⁷⁴ *Supra*, note 62.

cice de cette discrétion. Le plus important est l'obligation, consacrée par la Cour suprême, d'épuiser des recours plus rapides et efficaces.²⁷⁵ Ainsi, dans l'affaire *P.G. de la Colombie-Britannique c. Moffet*,²⁷⁶ on a refusé un mandamus contre un tribunal qui avait erronément cassé une dénonciation; la cour a justifié le rejet de la demande en alléguant les délais impliqués, le caractère mineur de l'accusation et la possibilité de déposer une nouvelle accusation. De même, dans quelques décisions, les tribunaux de révision ont tenu compte de la conduite de la requérante, en l'espèce la Couronne, qui avait sanctionné l'omission qu'elle reprochait au juge de première instance.²⁷⁷

II. Le droit d'appel.

Le Code criminel n'exclut pas statutairement le recours en mandamus dans le cas où un appel est prévu. Toutefois, la Cour suprême, dans l'arrêt *Cheyenne Realty Ltd c. Thomson et Roebuck*,²⁷⁸ a décidé que la règle de l'épuisement des recours rend le mandamus irrecevable dans un tel cas.

Ce principe prend toute son importance dans le cas où une cour inférieure casse un acte d'accusation. En effet, nous avons déjà mentionné qu'une telle décision, dans le cas où elle est erronée, constitue un défaut d'exercer un devoir.²⁷⁹ Toutefois, ce principe ne vaut que si l'accusation est cassée pour un motif d'ordre procédural, comme un vice de rédaction. En effet, il peut arriver qu'une accusation soit annulée pour un motif de fond qui dispose de l'affaire au mérite, comme le fait que le texte d'incrimination soit *ultra vires*²⁸⁰ ou qu'un fonctionnaire municipal ne soit pas visé par l'article 111 du Code criminel.²⁸¹ Dans un tel cas, l'accusation ne comporte pas un simple vice procédural en ce sens qu'il est impossible au poursuivant de la corriger ou d'en présenter une nouvelle qui soit valide. La décision de casser l'accusation constitue alors un acquittement dont la poursuite peut appeler, ce qui exclut par le fait même le recours en mandamus.²⁸² Lorsque le poursuivant veut se pourvoir contre la décision

²⁷⁵ *Cheyenne Realty Ltd c. Thomson et Roebuck*, [1975] 1 R.C.S. 87. Voir aussi *Harelkin c. Université de Regina*, *supra*, note 52.

²⁷⁶ (1979), 5 C.R. (3d) 285 (C. Sup. C.B.).

²⁷⁷ *Re Regina and Anderson* (1971), 2 C.C.C. (2d) 449 (C. Sup. C.B.); *Re Regina and Magnussen* (1978), 37 C.C.C. (2d) 73 (C. Sup. C.B.).

²⁷⁸ *Supra*, note 275.

²⁷⁹ *P.G. de l'Ontario c. Kipp*, *supra*, note 268.

²⁸⁰ *Cheyenne Realty Ltd c. Thomson et Roebuck*, *supra*, note 275.

²⁸¹ *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614.

²⁸² *Cheyenne Realty Ltd c. Thomson et Roebuck*, *supra*, note 275. La règle est la même lorsqu'une accusation est renvoyée parce qu'on a contrevenu à un des droits de l'accusé qui est garanti par la Charte des droits et libertés: *Re Regina and Holmes* (1983), 2 C.C.C. (3d) 573 (C. Sup. O.), conf. à (1983), 4 C.C.C. (3d) 440 (C.A.O.); *R. c. Belton* (1983), 3 C.C.C. (3d) 427 (C.A.M.).

d'annuler une accusation, il est donc essentiel qu'il détermine si le vice reproché était procédural ou s'il était fatal au mérite de l'affaire.

La solution que nous venons d'esquisser est incertaine dans le cas où une dénonciation portée sur la partie XXIV est cassée. En effet, les articles 747d), 748b) et 762 du Code permettent au poursuivant d'en appeler devant la Cour supérieure d'une ordonnance de rejet, ordonnance, décision ou autre mesure. A la lecture, on constate que ces dispositions semblent prévoir un droit d'appel d'une portée plus large que l'article 605 en matière d'acte criminel, qui ne permet de se pourvoir qu'à l'encontre d'un acquittement. Traditionnellement, les tribunaux ont pris pour acquis qu'il n'y avait pas de distinction entre l'appel en vertu de l'article 605 et l'appel en matière sommaire de sorte qu'ils ont permis le recours en mandamus pour réviser une décision de casser une dénonciation.²⁸³ Toutefois, dans une série de décisions plus récentes, les cours d'appel ont examiné le libellé des articles 748 et 762. En Colombie-Britannique²⁸⁴ et en Ontario,²⁸⁵ on a décidé que ces dispositions autorisent l'appel de toute décision de casser une dénonciation, ce qui aurait pour effet d'exclure le mandamus. Par contre, la Cour d'appel de l'Alberta²⁸⁶ s'en est tenu à l'approche traditionnelle. Notre droit comporte donc une sérieuse incertitude qui peut s'avérer une embûche pour le justiciable qui risque de se voir opposer qu'il n'a pas exercé le bon recours et ce, qu'il se soit pourvu en appel ou en mandamus. Conséquemment, il est beaucoup plus prudent que le plaideur exerce les deux recours et laisse à la Cour supérieure le soin de déterminer lequel est recevable.

La règle excluant le mandamus en cas d'existence d'un droit d'appel n'est pas absolue; elle n'est qu'une application du principe de l'épuisement du recours. Il en résulte que si on peut raisonnablement prévoir que l'appel ne permettra pas de corriger efficacement une situation, le mandamus pourra être reçu. Ainsi, dans l'affaire *Re Regina and Rybansky*,²⁸⁷ on a accueilli un tel recours dans un cas où le juge de première instance avait systématiquement refusé de se conformer à des directives antérieures de la Cour d'appel sur le même point.

III. L'impossibilité.

Les auteurs reconnaissent qu'un recours en mandamus peut être rejeté dans le cas où il est impossible au tribunal ou agent de remplir le devoir exigé par

²⁸³ *Dressler c. Tallman Gravel and Sand Supply Ltd.*, [1962] R.C.S. 564; *R. c. Justice of the peace, ex parte Robertson* (1971), 2 C.C.C. (2d) 416 (C.A.O.); *Re The Queen and Smith, supra*, note 145; *R. c. Mah* (1975), 19 C.C.C. (2d) 210 (C.A.A.). Dans l'affaire *Cheyenne Realty c. Thomson et Roebuck, supra*, note 275, la Cour suprême a considéré cette règle comme acquise.

²⁸⁴ *R. c. Schille* (1976), 28 C.C.C. (2d) 230 (C.A.C.B.).

²⁸⁵ *R. c. B.B. Stone Ltd (no 2)* (1977), 34 C.C.C. (2d) 464 (C.A.O.).

²⁸⁶ *R. c. Canadian Pacific Ltd* (1977), 32 C.C.C. (2d) 14.

²⁸⁷ *Supra*, note 257.

la loi.²⁸⁸ Cette règle peut avoir de l'importance en matière carcérale où il n'est pas rare de voir des détenus refusés ou remis en liberté prématurément à cause d'un manque d'espace dans les établissements de détention.

Section III: La procédure.

La procédure en mandamus est régie par les articles 16 à 22 des règles de pratique de la Cour supérieure, division criminelle, de sorte que les commentaires que nous avons faits lors de l'étude du certiorari s'appliquent en l'espèce. Il suffit d'ajouter que lorsque le recours est accordé, l'ordonnance de la Cour supérieure doit être exécutée par le juge ou le fonctionnaire contre lequel la requête est présentée²⁸⁹ à moins que la loi ne permette un substitution.²⁹⁰

Il faut également souligner que le recours en contrôle judiciaire est le seul qui peut être exercé lorsqu'un tribunal refuse d'exercer sa juridiction. Une partie ne peut alors transmettre le dossier de l'affaire à un autre juge de la même cour et si c'était le cas, un recours en prohibition pourrait être accueilli pour l'empêcher de rendre une décision.²⁹¹

Chapitre IV: L'habeas corpus.

Section I: Actes révisables par habeas corpus.

Paragraphe I: Le pouvoir général: la révision de toute détention.

L'habeas corpus est le plus vieux recours reconnu en droit anglais; son existence remonte à l'époque de la Grande Charte. Originellement, l'habeas corpus avait pour but de contrôler tous les aspects de la détention d'une personne, tant sa légalité que son caractère arbitraire ou oppressif.²⁹² En 1679, le Parlement anglais a adopté une loi concernant l'habeas corpus,²⁹³ laquelle a été reprise intégralement par une ordonnance du gouverneur Haldimand²⁹⁴ et une loi de la province du Canada.²⁹⁵ Cette dernière loi,

²⁸⁸ J.M. Evans, de Smith, *op. cit.*, note 23, p. 541.

²⁸⁹ *Ex parte Pochrebny* (1930), 54 C.C.C. 185 (C.B.R. Man.).

²⁹⁰ *R. c. Budovitch*, [1970] 4 C.C.C. 156, 8 C.R.N.S. 280 (C.A.N.B.).

²⁹¹ *Re Curlew and The Queen* (1982), 64 C.C.C. (2d) 211 (C.A.T.N.).

²⁹² *R. c. Hicks* (1982), 63 C.C.C. (2d) 547, à la p. 551, 24 C.R. (3d) 45 (C.A.A.). Sur l'histoire du recours, voir Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 9 (3^e éd., 1922), pp. 108 ss; *Wattlebled c. Lesage*, [1953] B.R. 108, aux pp. 111-112, 106 C.C.C. 200, 16 C.R. 301 (C.A.Q.); *Re Storgoff*, *supra*; note 3.

²⁹³ An Act for the Better Securing the Liberty of the Subject, and for the Prevention of Imprisonment beyond the Seas, 21 Car. II, ch. 2.

²⁹⁴ Ordonnance pour la sûreté de la Liberté du Sujet dans la Province de Québec et pour empêcher les Emprisonnements hors de cette Province, 1784, 24 Geo. III, ch. III.

²⁹⁵ Acte concernant le bref d'Habeas Corpus, l'admission à caution, et les autres dispositions de la loi pour garantir la liberté du sujet, S.R.B.C. 1861, ch. 95.

comme celles identiques adoptées dans les autres provinces.²⁹⁶ continue de s'appliquer en droit criminel sauf disposition contraire.²⁹⁷

A l'article 1, la loi précise que les citoyens auront le droit "de demander et d'obtenir . . . le bref d'Habeas Corpus . . . d'une manière aussi ample, entière et avantageuse . . . que les sujets de Sa Majesté dans le royaume d'Angleterre". Il en résulte donc que cette loi—comme toute loi ultérieure—n'abroge pas le Common Law en la matière; elle ne fait qu'en codifier la recevabilité relativement à certaines situations.²⁹⁸ L'habeas corpus peut donc être recevable dans le cas où une personne est détenue d'une manière déraisonnable. Ainsi, la Cour d'appel de l'Alberta a décidé qu'un individu condamné en Cour martiale, détenu durant l'instance en appel vu l'absence de dispositions concernant le cautionnement, peut être libéré par voie d'habeas corpus. Le tribunal a jugé que la possibilité d'obtenir un cautionnement dans un tel cas est devenue une partie intégrante de notre système de justice criminelle de sorte que le recours en habeas corpus peut suppléer à une telle lacune.²⁹⁹ Une Cour supérieure a donc un pouvoir général de révision par voie d'habeas corpus. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, nos tribunaux s'en tiennent généralement à la vérification de la légalité de la détention par le biais de l'examen du mandat de dépôt; ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils interviendront pour réviser le caractère raisonnable de la détention. Cette attitude s'explique par la création et l'existence de recours spécifiques comme l'appel et la révision de cautionnement.

Le recours en habeas corpus peut être utilisé pour réviser la détention de la personne incarcérée parce qu'elle ne satisfait pas aux conditions prescrites dans une ordonnance de mise en liberté.³⁰⁰ Toutefois, l'individu en liberté sous caution ne peut exercer ce recours.³⁰¹

Dans la mesure où le recours en habeas corpus est dirigé contre le gardien qui détient la personne et non contre le tribunal qui a émis l'ordre de détention, on peut se pouvoir même si l'ordonnance a été rendue par un juge d'une Cour supérieure. Bien que les tribunaux n'aient jamais exprimé cette règle explicitement, on constate, en consultant la jurisprudence, que des brefs ont déjà été émis sans problème dans de tels cas.³⁰² Toutefois, il

²⁹⁶ D.A. Cameron Harvey, *The Law of Habeas Corpus in Canada* (1974), p. 2.

²⁹⁷ *R. c. Cameron* (1898), 1 C.C.C. 169 (C.B.R.Q.); *R. c. Dean* (1913), 21 C.C.C. 310 (C. Sup. C.B.); *Wattlebled c. Lesage*, *supra*, note 292; *Re Johnston and Shane* (1959), 124 C.C.C. 23 (C.A.O.); *R. c. Champman and Currie* (1971), 2 C.C.C. (2d) 237, 14 C.R.N.S. 85 (C. Dist. O.), *conf.* à (1971), 2 C.C.C. (2d) 252 (C. Sup. O.).

²⁹⁸ *Re Storgoff*, *supra*, note 3. Voir l'opinion du juge Taschereau.

²⁹⁹ *R. c. Hicks*, *supra*, note 293.

³⁰⁰ *R. c. Martin, Simard et Desjardins*, *supra*, note 193; *Re Chamakese and The Queen* (1979), 44 C.C.C. (2d) 361 (C.B.R. Sask.).

³⁰¹ *Masella c. Langlais*, [1955] R.C.S. 263; *Re Isbell*, [1930] R.C.S. 62.

³⁰² *Re Storgoff*, *supra*, note 3; *Re McDougall*, [1966] 2 C.C.C. 359 (C. Sup. C.B.); *Ex parte Quevillon*, *supra*, note 9; *R. c. McKinney* (1965), 54 W.W.R. 59 (C.A.S.).

sera alors évidemment impossible de joindre un autre recours extraordinaire.

Paragraphe II: Le cautionnement.

La loi préconfédérative prévoyait également certaines dispositions en matière de cautionnement avant procès. En droit anglais, un prévenu ne pouvait être mis en liberté lorsqu'il était accusé de "felony" et de certains "misdemeanours". Toutefois, un juge de la Cour supérieure pouvait, en vertu de ses pouvoirs préservés par l'article 1 de la loi, ordonner la mise en liberté du prévenu par voie d'habeas corpus.³⁰³ Dans les autres cas, le juge de paix avait discrétion pour accorder un cautionnement³⁰⁴ mais en cas de refus, le prévenu qui s'adressait à la Cour supérieure par voie d'habeas corpus devait être mis en liberté, "en prenant sa reconnaissance avec une caution ou plus, pour une somme qui ne sera pas excessive".³⁰⁵

Par la suite, le Parlement a prévu, au Code criminel, des dispositions concernant le pouvoir des magistrats d'admettre un prévenu à cautionnement avant procès dans le cas de toutes les infractions sauf la trahison et les crimes punissables de mort.³⁰⁶ Toutefois, la jurisprudence a continué de reconnaître le pouvoir du juge de la Cour supérieure de réviser la décision du magistrat par le biais de l'habeas corpus.³⁰⁷ En 1954, le Parlement, en adoptant le nouveau Code criminel, a prévu un mécanisme de révision de la décision du magistrat³⁰⁸ et a aboli, par ce qui est devenu l'article 459.1, le recours en habeas corpus en la matière.³⁰⁹

L'adoption de l'article 2c) (iii) de la Déclaration canadienne des droits et de l'article 10c) de la Charte canadienne des droits et libertés, qui garantissent le droit "de faire contrôler, par habeas corpus, la légalité de sa détention", remet en cause la validité de l'article 459.1. Ainsi, cinq tribunaux ont décidé que cette disposition est inopérante dans le cas où la détention d'un accusé est illégale.³¹⁰ La Cour d'appel de l'Alberta a également décidé que l'article 459.1 n'avait pas pour effet d'abroger le

³⁰³ *Ex parte Fortier* (1903), 6 C.C.C. 191 (C.A.Q.).

³⁰⁴ James F. Stephen, *A History of Criminal Law of England* (1893), vol. 1, pp. 238, 239, 243.

³⁰⁵ Articles 4 et 9.

³⁰⁶ Anciens articles 681 et 699.

³⁰⁷ *Ex parte Fortier*, *supra*, note 303; *R. c. Gaoler of Halifax* (1923), 40 C.C.C. 280 (C.A.N.E.).

³⁰⁸ Article 465(1) du Code criminel de 1954, remplacé par les articles 457.5 et 457.6.

³⁰⁹ Article 465(2) du Code criminel de 1954.

³¹⁰ *P. G. du Québec c. Amyotte*, [1980] C.S. 429; *Ex parte Mitchell* (1976), 23 C.C.C. (2d) 473 (C.A.C.B.); *Ex parte Clarke (no 1)* (1978), 41 C.C.C. (2d) 511 (C. Sup. T.N.); *Ex parte Amos* (1976), 24 C.C.C. (2d) 552 (C. Sup. C.B.); *Ex parte Gioia* (1976), 24 C.C.C. (2d) 298 (C. Sup. C.B.).

recours en habeas corpus dans le cas d'une détention illégale.³¹¹ Toutefois, le tribunal s'appuie uniquement sur le libellé de la disposition. Selon le juge Clément, le justiciable qui se pourvoit en habeas corpus dans un tel cas ne demande pas la révision ou la modification d'une décision—ce que vise l'article 459.1—mais son annulation.

Selon nous, la solution doit être plus nuancée. En effet, le Parlement a clairement manifesté son intention, à l'article 459.1, d'éliminer l'habeas corpus comme mode de révision de la décision originale en matière de cautionnement et de lui substituer le recours prévu aux articles 457.5 et 457.6. On doit donc donner pleinement effet à cette disposition. Au surplus, nous soumettons qu'une telle restriction au droit prévu à l'article 10c) de la Charte est une limite raisonnable aux termes de l'article 1 de cette Charte puisqu'on prévoit un autre recours tout aussi efficace. Toutefois, dans le cas où le Code ne permettrait pas le droit à la révision d'une décision du juge de paix, nous soumettons que le prévenu pourrait se pourvoir en habeas corpus pour faire vérifier la légalité de sa détention. Ainsi, le droit de se pourvoir en révision à l'encontre d'une modification de cautionnement durant l'enquête préliminaire est problématique.³¹² Un prévenu débouté pour ce motif pourrait alors s'adresser à la Cour supérieure par voie d'habeas corpus. L'article 459.1 n'aurait alors pour effet que d'empêcher l'exercice du recours dans le but de réviser l'opportunité de la détention.

Paragraphe III: Le moment de la mise en accusation.

L'article 7 de la loi préconfédérative sur l'habeas corpus prévoyait qu'un individu emprisonné pour haute trahison ou "félonie" devait, s'il en faisait la demande dans la première semaine du terme des assises, être mis en accusation durant ce terme à moins que le juge n'ait été convaincu, suite à une preuve faite sous serment, que des témoins ne pouvaient être produits dans cette session. Dans un tel cas, la mise en accusation devait avoir lieu au terme suivant. Si un acte d'accusation n'était pas présenté durant le premier terme, l'accusé avait droit d'être mis sous cautionnement sauf s'il était impossible de convoquer les témoins.³¹³ Si l'acte d'accusation n'était pas déposé après le deuxième terme, le prévenu devait être mis en liberté purement et simplement.³¹⁴ Il faut cependant mentionner que le poursuivant pouvait toujours présenter un acte d'accusation lors d'une session ultérieure des assises car l'accusé n'était alors qu'élargi et non pas libéré de l'accusation.³¹⁵

³¹¹ *Ex parte Cordes* (1977), 31 C.C.C. (2d) 279. Au même effet, voir *R. c. Johnson* (1981), 57 C.C.C. (2d) 49 (C. Sup. O.) et l'opinion du juge Robertson dans l'arrêt *Ex parte Mitchell*, *supra*, note 310. Voir aussi *Re Jack and the Queen* (1983), 1 C.C.C. (3d) 193 (C. Sup. T.N.).

³¹² Voir à ce sujet Béliveau, Bellemare et Lussier, *op. cit.*, note 43, p. 271.

³¹³ *R. c. Dean*, *supra*, note 297.

³¹⁴ *R. c. Cameron*, *ibid.*

³¹⁵ *R. c. Chapman and Currie*, *ibid.*

Comme l'article 7 n'a jamais été formellement abrogé par le Parlement, les tribunaux ont continué à y donner effet.³¹⁶ On a même décidé qu'une Cour des sessions générales de la paix peut elle-même accorder un habeas corpus dans un tel cas.³¹⁷ Nous soumettons qu'un accusé pourrait également invoquer cette disposition dans le cas où il doit subir son procès devant un juge seul bien que l'article ne vise que les procès par jury. Cette situation s'explique par le fait que l'institution du juge seul n'existait pas au moment de l'adoption de cette loi.³¹⁸ Nous soumettons que dans un tel cas, la Cour supérieure pourrait invoquer ses pouvoirs généraux en matière d'habeas corpus et s'inspirer des dispositions de l'article 7 dans l'exercice de sa juridiction de révision.

En pratique, l'article 7 de la loi préconfédérative est tombé en désuétude parce qu'un accusé qui le demande peut toujours être jugé dans un délai relativement court. En droit, on peut se demander si l'article 459.1 n'a pas pour effet d'en écarter la recevabilité. À cet égard, il faut se rappeler que l'article 7 ne prévoit pas la mise en liberté provisoire de l'accusé mais sa libération pure et simple, sans condition et sans document à signer. Aucune ordonnance n'est prononcée. Comme l'article 459.1 traite des ordonnances de mise en liberté provisoire, nous soumettons donc que cette disposition ne peut en elle-même faire échec à la recevabilité d'un recours en habeas corpus. Toutefois, il faut se rappeler que l'article 459 permet la révision d'une ordonnance de détention dans certains cas où le procès tarde à être tenu. Un juge de la Cour supérieure saisi d'un recours en habeas corpus pourrait donc invoquer l'article 709 du Code criminel, refuser de statuer sur la demande et ordonner la tenue d'une audition en vertu de l'article 459.³¹⁹

Paragraphe IV: Les conditions de détention.

Bien que le recours en habeas corpus vise généralement à obtenir la mise en liberté d'une personne, la jurisprudence reconnaît qu'on peut l'utiliser pour contrôler les conditions de la détention. Ainsi, on peut, par habeas corpus, faire annuler un transfert de pénitencier effectué illégalement³²⁰ ou faire cesser l'isolation carcérale d'un détenu.³²¹

³¹⁶ *R. c. Cameron, ibid.*; *R. c. Dean, ibid.* Dans l'arrêt *R. c. Cameron*, le juge Würtele a décidé que l'abolition de la distinction entre felony et misdemeanor avait eu pour effet de permettre l'utilisation du recours prévu à l'article 7 dans le cas de toute infraction.

³¹⁷ *R. c. Chapman and Currie, ibid.* Voir le commentaire de cet arrêt par R.J. Sharpe, (1971-72), 14 *Crim. L.Q.* 399.

³¹⁸ Sur ce point, voir Béliveau, Bellemare et Lussier, *op. cit.*, note 43, pp. 91 ss.

³¹⁹ Voir par analogie *Re Ferreira and The Queen* (1981), 58 C.C.C. (2d) 147 (C.A.C.B.); *Re Gagliardi and The Queen, supra*, note 81; *Re Baker and The Queen, supra*, note 72.

³²⁰ *Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303 (C.A.N.E.).

³²¹ *Re Cardinal and Oswald, supra*, note 12; *Re Miller, supra*, note 12. *Contra: Re Morin and Yeomans* (1983), 1 C.C.C. (3d) 438 (C.A.Q.).

*Section II: Objet de la révision.**Paragraphe I: Motifs d'ouverture du recours.*

Bien que le recours permette de réviser la légalité et l'opportunité de la détention, les tribunaux ont adopté l'attitude de limiter en principe leur intervention au seul examen du mandat de dépôt en vertu duquel le requérant est détenu. Cette position s'explique par deux facteurs d'ordre historique que la Cour suprême a clairement exprimés dans les arrêts *In re Trépanier*³²² et *In re Sproule*.³²³ Dans un premier temps, il faut se rappeler que jusqu'en 1970, l'article 57 de la Loi sur la Cour suprême conférait à ce tribunal juridiction de première instance en matière d'habeas corpus. Une saine politique judiciaire exigeait donc que la Cour suprême ne soit pas tenue de réviser les faits et le droit de toutes les condamnations et sentences prononcées par toutes les cours de première instance au Canada. De même, il faut prendre en considération que le législateur a prévu qu'une personne condamnée peut en appeler de sa condamnation et de sa sentence devant trois juges de la Cour d'appel et dans certains cas, devant neuf juges de la Cour suprême. Il serait donc illogique de permettre qu'un juge de la Cour supérieure puisse réviser et écarter l'opinion rendue collégalement par les tribunaux d'appel. D'ailleurs, le juge Cartwright, dans l'arrêt *R. c. Goldhar*³²⁴ a déclaré, en *obiter*, réserver son opinion sur l'admissibilité du recours en habeas corpus dans le cas d'une irrégularité qui apparaîtrait au mandat de dépôt émis suite à une sentence. La jurisprudence subséquente³²⁵ et la pratique ont cependant formellement écarté cette opinion.

L'arrêt *R. c. Goldhar*³²⁶ illustre parfaitement la règle qui limite la révision à l'examen du mandat de dépôt. Dans cette affaire, l'accusé avait été condamné pour avoir, entre le 15 mars 1955 et le 6 août 1955, comploté pour posséder des stupéfiants dans le but d'en faire le trafic. L'article 573 de l'ancien Code criminel prévoyait une peine maximum de sept ans d'emprisonnement en matière de conspiration. Depuis l'entrée en vigueur du Code actuel, le 1er avril 1955, l'article 423(1)d rend le conspirateur passible de la même peine que l'auteur de l'infraction substantive, en l'espèce l'emprisonnement à perpétuité. Condamné à douze ans d'emprisonnement, Goldhar se pourvoit en habeas corpus en alléguant que la peine imposée est illégale car la preuve au procès ne révélait pas que le complot était intervenu après le 1er avril 1955. La Cour suprême a rejeté son recours au motif que la description de l'infraction faite au mandat de dépôt justifiait

³²² (1886), 12 R.C.S. 111.

³²³ (1886), 12 R.C.S. 140.

³²⁴ [1960] R.C.S. 431.

³²⁵ *R. c. Hicks*, *supra*, note 292.

³²⁶ *Supra*, note 324. Au même effet, voir *In re Darby*, [1964] R.C.S. 64; *P.G. du Canada c. Korponay*, [1980] 2 R.C.S. 265.

prima facie la sentence imposée en l'espèce. Pour vérifier les prétentions du requérant, il faudrait consulter le dossier des procédures, ce qui ne peut être fait lors d'un recours en habeas corpus.

La jurisprudence a tempéré quelque peu la rigueur de cette règle. Dans un premier temps, on a décidé que, dans le cas où le requérant n'allègue pas que la détention est justifiée en vertu de l'ordre d'une cour, un affidavit peut être déposé au soutien de la demande et il appartient alors au gardien de prouver que les faits allégués ne sont pas fondés.³²⁷ Cette règle a une grande importance en matière de droit carcéral. De même, on a décidé qu'on peut prouver par affidavit l'absence de juridiction initiale du tribunal qui a ordonné la détention.³²⁸

Dans la mesure où la juridiction du juge saisi de la demande en habeas corpus est en principe très limitée, c'est-à-dire vérifier la régularité du mandat de dépôt, un requérant peut joindre un recours ancillaire en certiorari ou en prohibition dans le cas où la détention aurait été ordonnée sans juridiction mais que le vice ne soit pas apparent *prima facie*. Ainsi, un accusé qui aurait été cité à procès sans qu'on ne lui ait permis de faire entendre des témoins pourra, par certiorari ancillaire, demander l'annulation de la décision du juge de paix et, par voie de conséquence, l'émission d'un bref d'habeas corpus. Toutefois, si la personne est détenue en conséquence d'une déclaration de culpabilité, les articles 710, 603 et 748 du Code criminel empêchent de joindre une demande en certiorari ancillaire.³²⁹ Il en résulte donc que, dans le cas d'une personne détenue suite à une déclaration de culpabilité invalide, le pouvoir de révision du juge se limite à l'examen du mandat de dépôt.

Le recours en habeas corpus ne permet pas l'annulation de la décision qui justifie la détention. Le pouvoir du juge se limite à faire cesser les effets de la décision illégale, par exemple obtenir d'être mis en liberté.³³⁰ Il en résulte donc que, même si l'irrégularité de la détention apparaît au mandat de dépôt, le requérant peut avoir intérêt à joindre une demande en certiorari ancillaire.

Paragraphe II: Motifs d'irrecevabilité.

I. L'absence d'intérêt actuel.

Un recours en habeas corpus ne peut être reçu s'il ne peut produire d'effet immédiat, par exemple s'il est prématuré ou caduc. Ainsi, un

³²⁷ *Ex parte Kolot* (1974), 13 C.C.C. (2d) 417 (C. Sup. C.B.). Voir aussi *Re Miller*, *supra*, note 12.

³²⁸ *Re Johnson and The Queen* (1982), 64 C.C.C. (2d) 49, 25 C.R. (3d) 177 (C. Sup. C.B.). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a renversé cette décision pour d'autres motifs (1982), 68 C.C.C. (2d) 65. Toutefois, le juge Lambert, dissident, aurait maintenu la décision de première instance.

³²⁹ *R. c. Sanders*, *supra*, note 67; *Re Gallicano and The Queen*, *supra*, note 161a; *R. c. Stewart* (1979), 46 C.C.C. (2d) 97, 7 C.R. (3d) 165 (C.A.C.B.).

³³⁰ *Re Rex c. Khattar, ex parte Thebault*, *supra*, note 159.

prévenu légalement détenu en rapport avec une affaire ne peut se pourvoir en habeas corpus à l'encontre de sa détention provisoire dans une autre affaire.³³¹ De même un justiciable ne peut attaquer par ce recours une sentence consécutive à une peine d'emprisonnement qu'il est en train de purger.³³²

Le recours devra également être rejeté si l'irrégularité a été corrigée au moment de l'audition de l'affaire. Ainsi, dans l'affaire *Ex parte Kleinys*,³³³ le requérant se plaignait du fait qu'il était détenu dans un établissement autre que celui mentionné au mandat de dépôt mais la cour l'a débouté au motif que depuis l'émission du bref, il avait été ramené au lieu original de détention.

II. *L'autorité de la chose jugée.*

Dans l'arrêt *R. c. Goldhar*,³³⁴ les juges Cartwright et Kerwin ont déclaré que le principe de l'autorité de la chose jugée interdit qu'on soulevé par voie d'habeas corpus un point dont les tribunaux ont déjà définitivement disposé. Dans cette affaire, le requérant avait soulevé, dans le cadre d'un appel sur sentence, le fait que la peine était illégale parce que le complot avait été commis avant l'entrée en vigueur du présent code. Son pourvoi avait été rejeté et la Cour suprême s'était déclarée sans juridiction pour autoriser un appel de cette décision.³³⁵ On a jugé que ce motif était suffisant pour refuser l'émission du bref. Cette règle ne cause évidemment pas de difficultés; elle se justifie tant sur le plan du droit que du bon sens.

III. *L'épuisement des recours.*

Dans l'arrêt *R. c. Golhar*, le juge Cartwright a déclaré que le bref d'habeas corpus "is not a writ of course and may be refused when an alternative remedy by which the validity of the detention can be determined is available to the applicant".³³⁶ Dans deux décisions subséquentes, la Cour suprême³³⁷ et la Cour d'appel du Québec³³⁸ ont appliqué cette règle et refusé un recours en habeas corpus alors que le motif d'illégalité soulevé par le requérant faisait l'objet d'un appel devant le plus haut tribunal du pays. De même, la Cour d'appel de l'Alberta³³⁹ et la Cour d'appel du

³³¹ *Re Johnston and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 403 (C. Sup. O.).

³³² *Ex parte Henderson*, [1930] R.C.S. 45.

³³³ [1965] 3 C.C.C. 102 (C. Sup. C.B.).

³³⁴ *Supra*, note 324.

³³⁵ [1960] R.C.S. 60. Dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, *supra*, note 162, la Cour a écarté cette décision qui interdisait tout appel de sentence devant ce tribunal.

³³⁶ *Supra*, note 324, à la p. 440.

³³⁷ *P.G. du Canada c. Korponay*, *supra*, note 326.

³³⁸ *Cotroni c. Gardien de la prison commune de Montréal*, [1974] C.A. 313.

³³⁹ *Ex parte Cordes*, *supra*, note 311.

Manitoba³⁴⁰ ont débouté un requérant qui demandait sa libération en invoquant qu'il était détenu sans procès depuis plus de quatre-vingt-dix jours et que le géolier avait fait défaut de l'amener devant le tribunal comme l'exige l'article 459. On a déclaré que le prévenu pouvait, par mandamus, forcer le gardien à s'exécuter et ainsi assurer pleinement le respect de l'intention du législateur. Enfin, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Johnson and The Queen*,³⁴¹ a décidé que la possibilité d'exercer efficacement un droit d'appel rend l'habeas corpus irrecevable. Dans cette affaire, le prévenu, un mineur, avait été déclaré coupable par une cour de droit commun. On a décidé que l'habeas corpus ne pouvait être reçu dans la mesure où la couronne avait fait savoir qu'elle ne s'opposerait pas à une requête pour extension du délai d'appel et pour admission d'une preuve de l'âge de l'accusé, en vertu de l'article 610 du Code criminel.

Empiriquement, on constate que les tribunaux ont donné suite à la règle énoncée par le juge Cartwright. Toutefois, nous soumettons qu'à défaut de texte de loi comme l'article 710, cette règle ne peut recevoir une application absolue. D'ailleurs, on constate, en consultant l'arrêt *Re Johnson and The Queen*, que la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique aurait été toute autre s'il était apparu que la preuve de l'âge de l'enfant n'aurait pu être apportée en appel.³⁴² De même, il semble que le défaut d'avoir exercé un appel en temps utile n'empêche pas de se pourvoir en habeas corpus. En effet, on a, dans certains arrêts, accueilli un tel recours malgré le fait que le requérant ait fait défaut d'en appeler de la sentence qui lui avait été imposée.³⁴³

IV. La discrétion judiciaire.

L'article 709 du Code criminel prévoit que, lors d'une requête en habeas corpus, la cour peut refuser de statuer sur la légalité de la détention et ordonner que le juge, le magistrat ou le juge de paix qui a émis le mandat, ou un de ses collègues, accomplisse toute chose qui, de l'avis du juge de la Cour supérieure, servira le mieux l'intérêt de la justice. Ainsi, on peut renvoyer un prévenu devant le juge de paix pour compléter la preuve recueillie à l'enquête préliminaire.³⁴⁴ De même, on peut ordonner que le prévenu, irrégulièrement détenu en vertu d'un mandat préparé par un juge n'ayant pas juridiction, soit renvoyé devant un tribunal compétent.³⁴⁵

³⁴⁰ *Re Dass and The Queen* (1978), 39 C.C.C. (2d) 365.

³⁴¹ *Supra*, note 328.

³⁴² Une grande partie du débat, tant en première instance, *ibid.*, qu'en appel, *ibid.*, a porté sur la question de savoir si l'appel pouvait être un recours efficace.

³⁴³ *Ex parte Andrews* (1974), 15 C.C.C. (2d) 43 (C. Sup. C.B.); *Ex parte Risby*, *supra*, note 159. Voir aussi *Re Johnson and The Queen*, *supra*, note 328.

³⁴⁴ *Re Demerais and The Queen*, *supra*, note 194.

³⁴⁵ *Ex parte Johnston* (1953), 105 C.C.C. 161, 16 C.R. 93 (C. Sup. O).

L'article 709 consacre législativement la discrétion que le Common Law a toujours reconnu au juge de la Cour supérieure. Toutefois, cette disposition ne doit pas s'interpréter comme une codification exhaustive de ce pouvoir discrétionnaire. En effet, la Cour supérieure peut exercer sa discrétion même si la situation ne tombe pas sous les paramètres définis à l'article 709. Ainsi, dans l'arrêt *Re Ferreira and the Queen*,³⁴⁶ la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que, même si la Cour supérieure a statué sur l'illégalité de la détention d'une personne, elle peut refuser l'habeas corpus et ordonner des mesures curatives. En l'espèce, on a refusé de libérer un accusé détenu sans procès depuis plus de quarante-vingt-dix jours et on a ordonné la tenue d'une audition en vertu de l'article 459. De même, l'ancien article 1120 ne permettait de recourir à des mesures curatives que dans le cas où une personne était "accusée" d'un "acte criminel" mais les tribunaux ont reconnu que la Cour supérieure pouvait utiliser la discrétion que lui reconnaît le Common Law dans le cas où le requérant avait été "déclaré coupable"³⁴⁷ d'une "infraction sommaire".³⁴⁸

V. *La déclaration de culpabilité bien fondée et valide.*

Le Parlement a prévu, à l'article 716 du Code criminel, qu'un mandat de dépôt ne doit pas être tenu pour nul du seul fait d'un défaut s'il est allégué dans le mandat que le défendeur a été déclaré coupable et s'il existe une déclaration de culpabilité valide. Cette disposition a pour but d'éviter que le recours en habeas corpus ne devienne indûment technique et que les plaideurs en viennent à perdre de vue que c'est la légalité de la détention qui est attaquée et non la légalité du mandat de dépôt. L'examen du mandat de dépôt n'est que le moyen de vérifier la régularité de la détention. Si le document ne démontre aucune irrégularité, le requérant sera généralement débouté de son recours mais dans le cas contraire, le gardien conserve la possibilité de démontrer que la détention est légale. Comme l'a dit crûment le juge MacPherson dans l'affaire *Huculak c. Aitkens*, "The law is not such a technical ass as many partially informed persons may think".³⁴⁹ Dans cette cause, le requérant, qui avait vu sa sentence de mort commuée en emprisonnement à perpétuité, demandait à être remis en liberté parce qu'il était détenu en vertu d'une copie de l'ordonnance de commutation signée par l'assistant-greffier du Conseil privé plutôt que par le greffier comme l'exigeait l'article 654(2) du Code criminel. De même, on a appliqué les dispositions de l'article 716 dans le cas où une personne validement déclarée coupable était détenue en vertu d'un certificat de culpabilité prévu à l'article 500(1) et à la formule 31 plutôt que d'un mandat

³⁴⁶ *Supra*, note 319.

³⁴⁷ *R. c. Frejd* (1912), 18 C.C.C. 110 (C.A.O.), opinion du juge Meredith.

³⁴⁸ *R. c. Tellier* (1946), 85 C.C.C. 401 (C. Sup. C.B.).

³⁴⁹ (1969), 68 W.W.R. 82, à la p. 83 (C.B.R. Sask.).

de dépôt en vertu de l'article 500(5) et de la formule 18.³⁵⁰ Il en a également été de même lorsque le mandat de dépôt ne respectait pas les règles de l'article 510 dans la description de l'infraction commise.³⁵¹ Dans de tels cas, le juge à qui le recours est présenté peut invoquer l'article 709 du Code et ordonner l'émission d'un mandat conforme aux exigences du droit.³⁵²

L'article 716 ne s'applique pas dans le cas où l'irrégularité n'en est pas une de forme mais de fond. Ainsi, on a décidé que cette disposition ne peut faire échec à un *habeas corpus* lorsque le mandat de dépôt démontre qu'une sentence d'emprisonnement consécutive a illégalement été imposée³⁵³ ou n'indique pas, comme l'exige l'article 722(7), le motif pour lequel la cour n'a pas consenti à l'accusé un délai pour acquitter une amende.³⁵⁴ Dans de tels cas, le plaideur aura intérêt à joindre un recours en *certiorari ancillaire* pour faire annuler le mandat de dépôt car l'*habeas corpus* a pour seul effet la remise en liberté du requérant.

Section III: La procédure.

L'article 23 des règles de pratique de la Cour supérieure du Québec, division criminelle, prévoit que la procédure en *habeas corpus* est régie *mutatis mutandis*, par les articles 851 à 856 du Code de procédure civile. A cet égard, ces dispositions exigent une procédure en deux temps en vertu de laquelle un bref doit être émis et par la suite, une enquête tenue sur la véracité des faits allégués dans la requête.

L'article 851(1) prévoit que la personne détenue, ou un tiers pour elle, doit s'adresser à un juge de la cour supérieure pour obtenir un bref. Comme on peut le constater, cette disposition constitue une importante exception au principe qui interdit de plaider pour autrui. Cette règle, héritée du *Common Law*, permet même au dénonciateur de demander la libération du détenu.³⁵⁵ Deux juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont même décidé qu'une personne peut présenter une requête au nom d'un groupe d'individus non identifiables, en l'espèce tous les prévenus détenus plus de trente jours dans un hôpital en contravention des articles 546(1) et 465(1)c) du Code criminel.³⁵⁶ Il faut cependant souligner que la personne au nom de laquelle le recours est présenté peut se désister de la demande.³⁵⁷

³⁵⁰ *Ex parte Leclerc* (1974), 21 C.C.C. (2d) 16 (C.A.Q.), confirmé à [1973] R.C.S. VI, sub. nom. *Pearson c. Lecorre*.

³⁵¹ *Ex parte Ross*, [1969] 3 C.C.C. 238 (C. Sup. O.), confirmé à [1969] 3 C.C.C. 240.

³⁵² *R. c. Morgan* (1902), 5 C.C.C. 63 (C. Sup. O.), confirmé à (1905), 5 C.C.C. 272 (C.A.O.). Une telle ordonnance ne pourra cependant être rendue lorsque le juge qui a émis le mandat était dépourvu de toute juridiction sur l'infraction. *R. c. Bell and Hill* (1957), 116 C.C.C. 376 (C. Sup. C.B.).

³⁵³ *Ex parte Andrews*, *supra*, note 343.

³⁵⁴ *Ex parte Risby*, *supra*, note 159.

³⁵⁵ *Re Thaw (no 2)* (1914), 22 C.C.C. 3 (C. Sup. Q.).

³⁵⁶ *Ex parte John Doe* (1974), 17 C.C.C. (2d) 49. Les juges de la majorité étaient d'opinion qu'en l'espèce, il était possible aux détenus de faire valoir individuellement leurs droits.

³⁵⁷ *Re Thaw (no 2)*, *supra*, note 355.

L'article 851(1) précise que le bref, et conséquemment la requête pour en obtenir l'émission, est adressé au gardien, ce qui, comme nous l'avons déjà mentionné, permet de recourir à l'habeas corpus dans le cas où une personne est détenue en vertu d'un mandat de dépôt émis par un juge de la Cour supérieure. La requête doit être présentée dans le district du lieu de détention. Toutefois, le justiciable ne pourra joindre une demande de certiorari ancillaire si l'ordre de détention a été rendu par un juge, fonctionnaire ou tribunal d'une autre province.³⁵⁸ Le Code ne prévoit aucun délai pour soulever l'illégalité: la Cour suprême de l'Alberta a même décidé que le délai de trente jours fixé par les règles de pratique en matière de certiorari, ne s'applique pas dans le cas d'une demande en certiorari ancillaire.³⁵⁹

La requête demande au gardien de conduire le détenu devant la Cour et de rapporter la cause de la détention, généralement le mandat, pour qu'on puisse déterminer si elle est justifiée.³⁶⁰ L'article 851(2) exige que la requête soit accompagnée d'un affidavit et l'article 852 prévoit qu'il faut préalablement signifier la requête au procureur-général avec un avis de présentation.

Lors de la présentation de la requête, le débat porte uniquement sur l'admissibilité *prima facie* du recours: si les allégués de la demande donnent ouverture aux conclusions recherchées. Si le juge refuse l'émission du bref, l'article 719(3) du Code criminel prévoit qu'un appel peut être interjeté devant la Cour d'appel et si l'appelant est débouté, il peut alors se pourvoir de plein droit devant la Cour suprême.^{360a} L'article 719(6) exige que ces appels soient entendus d'urgence et ce, même en dehors des sessions de la cour. Par contre, l'article 719(3) précise qu'aucune nouvelle demande ne peut être présentée à une autre cour ou à un autre juge à moins qu'elle ne soit supportée par une preuve nouvelle. Cette disposition a pour but d'écartier la règle de Common Law, en vigueur au Canada jusqu'à l'adoption de l'article 719(3) en 1964.³⁶¹ Jusqu'à ce moment, on ne pouvait appeler de la décision refusant l'émission du bref mais on pouvait présenter une nouvelle demande à chacun des juges de la Cour supérieure jusqu'à ce qu'il s'en trouve un pour admettre le recours.³⁶²

³⁵⁸ *Re Anaskan and The Queen* (1977), 34 C.C.C. (2d) 361 (C.A.O.).

³⁵⁹ *Ex parte Worlds*, [1968] 2 C.C.C. 88.

³⁶⁰ Article 851(1) C.P.C.

^{360a} Dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 4 C.C.C. (3d) 385, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que cette disposition permet d'en appeler concernant toute procédure en habeas corpus, en l'espèce en matière d'extradition. La partie XXIII du Code criminel ne s'applique donc pas uniquement aux habeas corpus reliés à des accusations criminelles.

³⁶¹ S.C. 1964-65, ch. 53, art. 1.

³⁶² *R. c. Goldhar*, *supra*, note 324, à la p. 437.

Si le juge accorde la requête et émet le bref, aucun appel ne peut être logé de cette décision.³⁶³ Le procureur-général et le gardien ne pourront invoquer une erreur survenue au stade de la présentation qu'au moment d'un appel sur la décision finale. On a même décidé que le juge ne peut annuler le bref, lors de l'audition de l'affaire au mérite.³⁶⁴

L'article 853(1) prévoit que le protonotaire doit alors préparer le bref et indiquer au verso le nom du requérant, de l'affiant et du juge qui a accueilli la requête. La procédure doit par la suite être signifiée en laissant l'original au gardien ou à son préposé ou agent. A défaut de laisser l'original, la Cour supérieure n'aura pas juridiction pour statuer sur le mérite de l'affaire.³⁶⁵

L'article 855 du Code de procédure civile permet au juge devant qui le rapport est fait d'accorder un cautionnement à la personne détenue. Même à défaut de disposition législative, la Cour supérieure peut accorder un cautionnement en vertu de sa juridiction inhérente³⁶⁶ puisque le requérant n'est plus en détention en vertu du mandat de dépôt mais en vertu du bref d'habeas corpus.³⁶⁷

A la date prévue pour l'audition de l'affaire, le gardien doit se présenter avec le détenu et rapporter les causes de la détention comme l'exige l'article 851(1). A défaut, le gardien se rend coupable d'outrage au tribunal.³⁶⁸ La personne détenue n'aura toutefois pas un droit strict de demeurer en cour durant toute l'audition; le juge a discrétion sur ce point.³⁶⁹ L'article 855 du Code de procédure civile accorde une discrétion importante au juge lors de l'enquête sur le mérite de l'affaire. Ainsi, on a décidé que le témoignage non assermenté du géôlier³⁷⁰ ou le dépôt de son affidavit³⁷¹ auquel on peut joindre des documents, comme un registre d'emprisonnement,³⁷² constitue une preuve admissible qui, si non contredite, peut justifier le rejet du recours.

Si le juge accueille le recours au mérite, il ordonnera la libération du requérant ou la modification des conditions de sa détention, si tel était l'objet de la demande. Il faut cependant souligner que la Cour ne pourra

³⁶³ Article 719(4) du Code criminel.

³⁶⁴ *Re Agar* (1956), 114 C.C.C. 311 (C.A.O.).

³⁶⁵ *Re Agar*, *supra*, note 364. Au Québec, la Cour d'appel a même décidé, dans l'arrêt *Re Thaw*, (no 3) (1914), 22 C.C.C. 8, que le bref peut être cassé dans un tel cas.

³⁶⁶ *R. c. Iwanachuk* (1919), 30 C.C.C. 139 (C.A.A.).

³⁶⁷ *Masella c. Langlais*, *supra*, note 301, opinion du juge Locke.

³⁶⁸ Article 854 C.P.C.

³⁶⁹ *Ex parte Johnson*, [1968] 4 C.C.C. 225 (C.A.C.B.).

³⁷⁰ *Ex parte Evans* (1916), 25 C.C.C. 239, 48 C.S. 469.

³⁷¹ *Re Rojas and The Queen* (1978), 40 C.C.C. (2d) 316 (C. Sup. O.), confirmé à (1978), 41 C.C.C. (2d) 566 (C.A.O.).

³⁷² *Re Dunlop and the Queen* (1981), 60 C.C.C. (2d) 380 (C.A.C.B.).

annuler le mandat de dépôt.³⁷³ L'article 856 du Code prévoit également que des dépens peuvent être accordés mais la Cour d'appel du Québec a décidé que cette disposition est inapplicable en matière criminelle parce qu'une cour ne peut, par voie de règles de pratique,³⁷⁴ prévoir l'imposition de frais.³⁷⁵ Enfin, il faut souligner que l'article 11 de la loi préconfédérative prévoit qu'une personne libérée par voie d'habeas corpus ne peut être arrêtée de nouveau sauf sur ordre légal de la cour. Cette disposition demeure toujours en vigueur mais elle n'empêche pas la Couronne d'obtenir un nouveau mandat d'arrestation ou de dépôt si la loi le permet. Ainsi, dans l'arrêt *Ex parte Chung*,³⁷⁶ la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé qu'un juge de paix peut émettre un mandat d'arrestation en vertu de l'article 456.1 du Code criminel dans le cas où un prévenu serait remis en liberté par habeas corpus parce que sa détention est devenue illégale aux termes de l'article 459 du Code criminel.

L'article 719(5) du Code criminel prévoit que le jugement sur le rapport du bref, c'est-à-dire sur le mérite de l'affaire, peut faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel. Par la suite, le demandeur ou le procureur général, mais non quelque autre partie, peuvent se pourvoir devant la Cour suprême avec l'autorisation de ce tribunal. L'article 719(2) du Code criminel précise que ces appels sont régis, *mutatis mutandis*, par les dispositions de la partie XVIII.

Conclusion

Le contrôle judiciaire a fait l'objet de nombreuses critiques en droit criminel. Le déroulement de l'affaire *P.G. du Québec c. Cohen* illustre de façon saisissante les principaux reproches que l'on peut adresser au système. Durant son enquête préliminaire, le procureur de Cohen veut contre-interroger un témoin relativement à une déclaration antérieure. Le juge de paix ayant refusé, le prévenu s'adresse à la Cour supérieure du Québec par voie de certiorari.³⁷⁷ Le recours est accueilli au motif que le juge de paix avait rendu une décision erronée et en ce faisant, avait privé l'accusé de son droit à une défense pleine et entière. La poursuite se pourvoit en appel. Par la voix du juge Kaufman, la Cour d'appel déclare que le contre-interrogatoire aurait dû être permis et que, nonobstant toute classification entre l'erreur juridictionnelle et l'erreur à l'intérieur de la juridiction, l'erreur est suffisamment importante pour qu'elle puisse être corrigée par

³⁷³ *Re Rex c. Khattar, ex parte Thebault, supra*, note 159.

³⁷⁴ En matière criminelle, l'article 856 du Code de procédure civile s'applique parce que l'article 23 des règles de pratique de la Cour supérieure, division criminelle, le prévoit. L'article 856 est donc juridiquement une règle de pratique en matière criminelle.

³⁷⁵ *Mayrand c. Cronier, supra*, note 142.

³⁷⁶ (1976), 26 C.C.C. (2d) 497 (C.A.C.B.).

³⁷⁷ (1976), 29 C.C.C. (2d) 158.

certiorari.³⁷⁸ Le procureur-général se pourvoit en Cour suprême.³⁷⁹ Le juge Pigeon refuse de statuer sur l'admissibilité du contre-interrogatoire au motif que s'il y a eu erreur du juge de paix, ce dernier n'a pas pour autant perdu sa juridiction. La Cour suprême rappelle que l'affaire traîne depuis près de quatre ans, ce qui illustre l'importance de restreindre le contrôle judiciaire de l'enquête préliminaire aux seuls motifs juridictionnels.

A notre sens, le délai occasionné par le certiorari de Cohen n'est pas le seul inconvénient causé à la crédibilité du système. Il est au moins aussi déplorable de constater que tout le processus n'a pas permis de trancher définitivement une question fort importante pour le déroulement de toute enquête préliminaire, à savoir le droit de contre-interroger un témoin relativement à sa déclaration antérieure. Par contre, on a déjà annulé une enquête préliminaire parce que le système d'enregistrement mécanique n'avait pas fonctionné, ce qui constitue une dérogation à l'article 468(1)b) du Code et entraîne de ce fait une perte de juridiction.³⁸⁰ Nous soumettons qu'il n'est pas du tout certain que ce fait soit plus susceptible de générer une injustice qu'une restriction erronée du contre-interrogatoire d'un témoin.

Ces difficultés ont entraîné certains commentateurs à suggérer l'abolition pure et simple du contrôle judiciaire.³⁸¹ De même, il n'est pas rare que des juges et des plaideurs ne voient en cette institution qu'une source de procédures dilatoires et vexatoires. D'ailleurs, on a déjà soumis au Parlement un projet de loi proposant l'abolition du certiorari à l'encontre d'une citation à procès. Toutefois, on peut facilement mentionner des cas où le pouvoir d'intervention des tribunaux supérieurs peut prévenir des injustices réelles. Ainsi, lorsqu'un tribunal excède sa juridiction, il peut s'avérer beaucoup plus dilatoire, vexatoire et onéreux d'obliger le justiciable à attendre un verdict de culpabilité pour se pourvoir en appel plutôt que de lui permettre de recourir sur le champ à la prohibition. De même, l'abolition du contrôle judiciaire laisserait sans aucun recours le justiciable qui voit sa demeure perquisitionnée.

L'abolition pure et simple du contrôle judiciaire augmenterait également le risque d'arbitraire de la part du tribunal appelé à rendre justice. Et peut-on croire que, placées devant un cas flagrant d'injustice, les cours supérieures ne trouveraient pas des justifications juridiques pour intervenir. On n'a qu'à se rappeler le sort qui a été réservé aux clauses privatives pour constater le risque de susciter des débats judiciaires tout aussi stériles, complexes et dilatoires que ceux qu'on aurait voulu abolir.

³⁷⁸ (1977), 32 C.C.C. (2d) 446, 34 C.R.N.S. 362.

³⁷⁹ *Supra*, note 29.

³⁸⁰ *R. c. Boylan* (1979), 8 C.R. (3d) 36 (C.A.S.); *Re Royer and Labarre and The Queen* (1981), 61 C.C.C. (2d) 331 (C. Sup. C.B.).

³⁸¹ Voir les auteurs cités par Gilles Létourneau, *op. cit.*, note 98, aux pp. 339 ss.

Il faut donc réformer le système de contrôle judiciaire que nous connaissons pour corriger les vices qu'illustre l'affaire *P.G. du Québec c. Cohen*. Pour réaliser cet objectif, le législateur doit viser à permettre aux tribunaux supérieurs d'intervenir pour corriger des erreurs sérieuses tout en s'assurant que les justiciables n'utiliseront pas ces recours d'une manière dilatoire.

Sans prétendre apporter une solution complète et définitive au problème, nous soumettons qu'une réforme du système pourrait s'articuler autour de deux éléments, à savoir la suppression d'un niveau d'instance et l'importance accrue de la discrétion des tribunaux de surveillance et de contrôle. En effet, on pourrait songer à confier la juridiction de surveillance et de contrôle à la Cour d'appel, suivant en cela le modèle partiellement instauré par le Parlement à l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, ou à un banc de trois juges de la Cour supérieure, imitant ainsi le système de la Cour divisionnelle mis sur pied par le législateur ontarien. Dans les deux cas, la décision rendue serait finale, sous réserve du pouvoir de la Cour suprême d'accorder une permission d'appeler en vertu de l'article 41 de sa loi constitutive. La suppression d'un niveau d'instance tiendrait compte du fait que les tribunaux criminels sont toujours présidés par des personnes ayant une formation juridique, ce qui n'est pas toujours le cas en droit administratif traditionnel. D'ailleurs, il est significatif de constater que la Loi sur la Cour fédérale n'a supprimé un niveau d'instance que dans les cas où une décision est soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire.

Le Parlement pourrait également songer à soumettre l'exercice de tout recours en contrôle judiciaire à l'autorisation préalable de la Cour supérieure ou de la Cour d'appel, selon le cas. Le tribunal de surveillance et de contrôle pourrait ainsi intervenir dans les cas véritablement importants, éliminant ainsi les débats stériles sur des problèmes artificiels de qualification de l'irrégularité commise. De plus, les recours purement vexatoires ou dilatoires pourraient être ainsi facilement éliminés.

Une telle solution ne serait toutefois pas sans causer des difficultés. L'inconvénient majeur réside dans le fait que l'audition des recours ne pourrait avoir lieu que dans les grands centres vu l'impossibilité de déplacer les tribunaux d'appel dans chacun des districts et l'impossibilité d'y faire siéger simultanément trois juges de la Cour supérieure. Cette difficulté démontre bien qu'aucun remède magique n'existe en l'espèce. Toutefois, il faudra trancher en fonction des objectifs qu'on juge prioritaires.
