

WHAT'S THE PROBLEM WITH SUBSTANTIVE REVIEW?

*Megan Pfiffer**

In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Vavilov*, the Supreme Court of Canada endeavoured to reformulate the law of substantive review of administrative decisions. This was familiar territory for the Court. Over the last four decades, the Court has revised the doctrinal framework for substantive review on numerous occasions, with limited success in promoting stability in the law. Early academic responses to *Vavilov* considered whether the new doctrinal framework would endure. This paper focuses on a prior question: What is the problem with substantive review? It argues that contrary to the Court's longstanding position, the foundations of the law of substantive review are neither clear nor stable. Rather, substantive review doctrine is built upon two heavily contested principles capable of being conceptualized in different ways. The jurisprudence features multiple competing conceptions of those principles, producing tensions which create instability in the law. This suggests that to solve the problem, a coherent theory of substantive review that either resolves or prevents these tensions is necessary.

Dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, la Cour suprême du Canada se trouvait en terrain familier quand elle s'est donnée comme objectif de revoir l'approche du droit du contrôle de fond des décisions administratives. En effet, au cours des quatre dernières décennies, le plus au haut tribunal a révisé le cadre doctrinal du contrôle de fond à de nombreuses reprises, avec un succès limité dans le maintien de la stabilité du droit. Les premières réflexions académiques suscitées par l'arrêt *Vavilov* ont cherché à déterminer si le nouveau cadre doctrinal pourrait perdurer. Autrement, le présent article se concentre sur une question préalable : à l'origine, existe-il un problème avec le contrôle de fond ? Le texte qui suit soutient que, contrairement à la position de longue date de la Cour, les fondements du droit soutenant le contrôle de fond ne sont ni clairs ni stables. La doctrine du contrôle de fond d'une décision administrative repose plutôt sur deux principes fortement contestés, pouvant être conceptualisés de plusieurs façons. La jurisprudence présente de multiples conceptions divergentes de ces principes ce qui produit des tensions menant à de l'instabilité dans le droit. Cette réalité suggère que, pour résoudre le problème, une théorie cohérente du contrôle de fond résolvant ou prévenant ces tensions est nécessaire.

* Megan Pfiffer is an SJD Candidate at the University of Toronto, Faculty of Law. This paper began as an independent research project supervised by Jacob Weinrib, whose superb guidance is matched only by the project's current supervisor, David Dyzenhaus. I thank them both for their role in making this paper possible. Sincere thanks are also due to Mariana Mota Prado and Arthur Ripstein for their careful interventions. The paper benefitted significantly from feedback during two University of Toronto SJD works in progress meetings, and a workshop hosted by Evan Fox-Decent at McGill University. It was supported by a SSHRC doctoral fellowship.

© Megan Pfiffer 2024

Citation: (2024) 69:3 McGill LJ 325 — Référence : (2024) 69:3 RD McGill 325