

Robert Thomas Martineau *Appellant;*

and

Matsqui Institution Disciplinary Board
Respondent.

1979: May 3; 1979: December 13.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Jurisdiction — Certiorari — Disciplinary offence — Penitentiary disciplinary board — Inmate committed to special corrections unit — Jurisdiction of Trial Division of Federal Court of Canada — Judicial discretion — Duty to act fairly — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18 — Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 29 — Penitentiary Service Regulations and Directives.

For a disciplinary offence dealt with as "flagrant or serious", the appellant, an inmate of a federal penitentiary, was sentenced by the respondent Board to 15 days in the penitentiary's special corrections unit. He made application to the Federal Court for *certiorari* in the Trial Division and for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act* before the Court of Appeal. This application was dealt with first while the other was kept pending. It was dismissed by the Federal Court of Appeal and this dismissal was affirmed by a majority in this Court ([1978] 1 S.C.R. 118).

After the disposition of the application under s. 28 to review and set aside the respondent's order, proceedings were resumed on the application under s. 18 for *certiorari* in the Trial Division. The parties appeared before Mahoney J. who issued an order that the Court had jurisdiction ([1978] 1 F.C. 312). He concluded that the respondent Board had a duty to act fairly in arriving at its decision to impose a punishment and that the Trial Division had jurisdiction to quash such an order by way of writ of *certiorari* if it was of the view that the tribunal had not acted fairly. However, dealing only with a preliminary point of law relating to jurisdiction, he did not have to decide whether, on the facts of the case, the respondent had acted in an unfair manner.

Robert Thomas Martineau *Appellant;*

et

Le Comité de discipline de l'Institution de Matsqui *Intimé.*

1979: 3 mai; 1979: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Compétence — Certiorari — Infraction disciplinaire — Comité de discipline du pénitencier — Détenus condamnés à l'unité spéciale de correction — Compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada — Pouvoir discrétionnaire judiciaire — Obligation d'agir équitablement — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 18 — Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 29 — Règlement sur le service des pénitenciers et directives.

Pour une infraction à la discipline considérée « flagrante ou grave », l'appelant, détenu dans un pénitencier fédéral, a été condamné par le Comité intimé à passer 15 jours à l'unité spéciale de correction du pénitencier. Il a présenté une demande de *certiorari* à la Division de première instance de la Cour fédérale et, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une demande d'examen à la Cour d'appel. Cette dernière demande a été étudiée en premier lieu pendant que l'autre était en suspens. La Cour d'appel fédérale l'a rejetée et cette Cour en a confirmé le rejet à la majorité ([1978] 1 R.C.S. 118).

Après la décision sur la demande d'examen et d'annulation de l'ordonnance de l'intimé en vertu de l'art. 28, les procédures ont repris sur la demande de *certiorari* en Division de première instance, en vertu de l'art. 18. Les parties ont comparu devant le juge Mahoney qui a rendu une ordonnance portant que la Cour avait compétence ([1978] 1 C.F. 312). Il a conclu que le Comité intimé avait le devoir d'agir équitablement en décidant d'imposer une peine et que la Division de première instance avait compétence pour annuler une telle ordonnance par voie d'un bref de *certiorari* si elle était d'avis que le tribunal n'avait pas agi équitablement. Cependant, traitant seulement d'un point droit préliminaire relatif à la compétence, il n'avait pas à décider si, vu les faits de l'espèce, l'intimé avait agi d'une façon inéquitable.

The Federal Court of Appeal, in allowing the Board's appeal, proceeded on the basis that this Court had decided in the matter of the s. 28 application that the Federal Court of Appeal had no jurisdiction to set aside the order attacked on the ground that the "convictions" were administrative decisions that were "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis" within the meaning of those words in s. 28. The Court of Appeal was of the view that it followed from that decision that "the 'convictions' in question cannot be attacked under s. 18 of the *Federal Court Act* by a writ of *certiorari* or proceedings for relief in the nature of that contemplated by such a writ." From this decision the appellant appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ.: The reason for which the Federal Court of Appeal reversed the judgment of the Trial Division was that it did not accept that the common law remedy of *certiorari* may be available in the case of violation of the duty to act fairly in an administrative decision "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis". It said in a foot-note: "... Any decision that is not judicial but is 'sufficiently near a judicial decision to be the subject of a writ of certiorari' is, in our view, a decision that is required to be made on a 'quasi-judicial basis' within the meaning of those words in section 28." This view could not be accepted.

In disciplinary offence proceedings respecting a prison inmate, the requirements of judicial procedure are not to be brought in and, consequently, these are not decisions which may be reviewed by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, a remedy which is in the nature of a right of appeal. However, this does not mean that the duty of fairness may not be enforced by the Trial Division through the exercise of the discretionary remedies mentioned in s. 18 of the *Federal Court Act*.

The order issued by Mahoney J. dealt only with the jurisdiction of the Trial Division, not with the actual availability of the relief in the circumstances of the case. This is subject to the exercise of judicial discretion and in this respect it will be essential that the requirements of prison discipline be borne in mind, just as it is essential that the requirements of the effective administration of criminal justice be borne in mind when dealing with applications for *certiorari* before trial. It is specially important that the remedy be granted only in cases of serious injustice and that proper care be taken

La Cour d'appel fédérale, qui a accueilli le pourvoi interjeté par le Comité, a procédé sur le fondement que cette Cour avait décidé, dans la demande présentée en vertu de l'art. 28, que la Cour d'appel fédérale n'était pas compétente pour annuler l'ordonnance attaquée au motif que «les déclarations de culpabilité» étaient des décisions de nature administrative qui «n'[étaient] pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire» au sens de l'art. 28. La Cour d'appel était d'avis qu'il découle de cette décision que «les «déclarations de culpabilité» en cause ne peuvent être attaquées en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* par voie d'un bref de *certiorari* ou d'un redressement de la nature de celui qu'envisage un tel bref». L'appelant se pourvoit de cette décision devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey et Pratte: La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Division de première instance parce qu'elle n'accepte pas que l'on puisse avoir recours au *certiorari* dans le cas d'une violation de l'obligation d'agir équitablement dans un décision administrative «qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Elle a dit dans une note en bas de page: «... Toute décision qui n'est pas de nature judiciaire mais qui se rapproche «suffisamment d'une décision de nature judiciaire pour faire l'objet d'un bref de *certiorari*» constitue, à notre avis, une décision soumise au «processus quasi judiciaire» au sens où l'entend l'article 28.» Cette interprétation n'est pas acceptable.

Dans des procédures pour une infraction disciplinaire relative à un détenu, il ne faut pas faire intervenir les exigences de la procédure judiciaire et, en conséquence, il ne s'agit pas de décisions qui peuvent faire l'objet d'un examen par la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, recours qui est de la nature d'un droit d'appel. Cependant, cela ne veut pas dire que la Division de première instance ne peut sanctionner l'obligation d'agir équitablement au moyen des recours discrétionnaires mentionnés à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

L'ordonnance rendue par le juge Mahoney ne porte que sur la compétence de la Division de première instance, non sur la question de savoir si le redressement devrait être accordé dans les circonstances de l'espèce. Cela dépendra de l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire et, à cet égard, il sera essentiel de garder à l'esprit les exigences de la discipline carcérale, tout comme il est essentiel de garder à l'esprit les exigences de l'administration efficace de la justice pénale lorsqu'on traite de demandes de *certiorari* avant le procès. Il est particulièrement important de n'accorder ce redresse-

to prevent such proceedings from being used to delay deserved punishment so long that it is made ineffective, if not altogether avoided.

Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners, [1979] 1 S.C.R. 311; *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701; *Fraser v. Mudge*, [1975] 1 W.L.R. 1132, applied; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 3 All E.R. 1019; *Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305, referred to.

Per Laskin C.J. and Dickson and McIntyre JJ.: This appeal raised in general terms the question of the supervisory role of the Federal Court, Trial Division, over disciplinary boards within Canadian penitentiaries. It also called for consideration of three related issues of importance in Canadian administrative law: 1. The review jurisdiction of the Trial Division and Court of Appeal under, respectively, ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*. 2. The duty to act fairly—the English “fairness doctrine”. 3. The potential breadth of the common law remedy of *certiorari* in Canada.

For the purposes of the *Federal Court Act*, a distinction has been drawn in administrative law between the duty to act judicially and the duty to act fairly. Though a duty to act fairly may not be relevant to the question of jurisdiction under s. 28, s. 18 vests in the Trial Division of the Federal Court the jurisdiction to grant the common law remedy of *certiorari* and that remedy avails at common law wherever a public body has the power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges or liberties of any person. The basis for the broad reach of the remedy is the general duty of fairness resting on all public decision-makers.

Although the courts will not readily interfere in the exercise of disciplinary powers, whether within the armed services, the police force or the penitentiary, there is no rule of law which necessarily exempts the exercise of such disciplinary powers from review by *certiorari*.

With respect to these several issues, the authorities support the conclusions set out at pp. 628-631 of the reasons for judgment.

Howarth v. National Parole Board, [1976] 1 S.C.R. 453; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, *supra*; *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470; *Roper v. Executive of Medical Board of Royal Victoria Hos-*

ment

ment que dans des cas d'injustice grave et de bien veiller à ce que ces procédures ne servent pas à retarder le châtiment mérité au point de le rendre inefficace, sinon de l'éviter complètement.

Jurisprudence: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, [1979] 1 R.C.S. 311; *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701; *Fraser v. Mudge*, [1975] 1 W.L.R. 1132, arrêts appliqués; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 3 All E.R. 1019; *Procureur général de la province de Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305.

Le juge en chef Laskin et les juges Dickson et McIntyre: Ce pourvoi soulève en termes généraux la question du rôle de surveillance de la Division de première instance de la Cour fédérale sur les comités de discipline dans les pénitenciers canadiens. Il exige aussi l'examen de trois questions connexes d'importance en droit administratif canadien: 1. La compétence d'examen de la Division de première instance et de la Cour d'appel en vertu des art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* respectivement. 2. L'obligation d'agir équitablement—la «doctrine d'équité» anglaise. 3. La portée potentielle, au Canada, du recours de *common law* qu'est le *certiorari*.

Aux fins de la *Loi sur la Cour fédérale*, une distinction a été établie en droit administratif entre l'obligation d'agir de façon judiciaire et l'obligation d'agir équitablement. Bien qu'une obligation d'agir équitablement ne soit pas pertinente à la question de compétence en vertu de l'art. 28, l'art. 18 confère à la Division de première instance de la Cour fédérale le pouvoir d'accorder le recours de *common law*, le *certiorari*, auquel on peut recourir en *common law* chaque fois qu'un organisme public a le pouvoir de trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, priviléges ou libertés d'une personne. La vaste portée de ce recours se fonde sur l'obligation générale d'agir avec équité qui incombe à toutes les instances décisionnelles publiques.

Bien que les cours n'interviennent pas volontiers dans l'exercice de pouvoirs disciplinaires, que ce soit au sein des forces armées, des services de police ou d'un pénitencier, il n'y a aucune règle de droit qui exempte nécessairement l'exercice de ces pouvoirs disciplinaires d'un examen par *certiorari*.

Sur ces nombreuses questions, la jurisprudence appuie les conclusions énoncées aux pp. 628-631 des motifs de jugement.

Jurisprudence: *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Police Commissioners*, précité; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470;

pital, [1975] 2 S.C.R. 62; *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain, supra*; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *R. v. Local Government Board* (1882), 10 Q.B.D. 309; *The Case of Cardiffe Bridge*, 1 Salk 146; *Groenwelt v. Burwell* (1700), 1 Ld. Raym. 467; *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*, [1967] 2 Q.B. 864; *Re Liverpool Taxi Owners' Association*, [1972] 2 All E.R. 589; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *R. v. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Co. (1920), Ltd.*, [1924] 1 K.B. 171; *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch. 149; *Nakkuda Ali v. Jayaratne*, [1951] A.C. 66; *R. v. London Borough of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643; *R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*, [1976] 3 All E.R. 452; *In re H.K. (an infant)*, [1967] 2 Q.B. 617; *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *R. v. Army Council, Ex p. Ravenscroft*, [1917] 2 K.B. 504; *Dawkins v. Lord Rokeby*, L.R. 8 Q.B. 255; *Re Armstrong and Whitehead*, [1973] 2 O.R. 495; *Fraser v. Mudge*, [1975] 3 All E.R. 78; *Daemar v. Hall*, [1978] 2 N.Z.L.R. 594; *The Queen and Archer v. White*, [1956] S.C.R. 154; *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. McCaud*, [1969] 1 C.C.C. 371; *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974); *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹ allowing the respondent Board's appeal from a judgment of Mahoney J. on an application by the appellant for a writ of *certiorari* under s. 18 of the *Federal Court Act*. Appeal allowed.

B. A. Crane, Q.C., and *John Conroy*, for the appellant.

T. B. Smith, Q.C., and *Henry Mollot*, for the respondent.

The reasons of the Chief Justice and Dickson and McIntyre JJ. were delivered by

DICKSON J.—The applicant, an inmate of a federal penitentiary in British Columbia known as Matsqui Institution, seeks an order in the nature of a writ of *certiorari* removing into the Trial Division of the Federal Court of Canada, for the

Roper c. Executive of Medical Board of Royal Victoria Hospital, [1975] 2 R.C.S. 62; *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*, précité; *Ministre du Revenu national c. Coopers et Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *R. v. Local Government Board* (1882), 10 Q.B.D. 309; *The Case of Cardiffe Bridge*, 1 Salk 146; *Groenwelt v. Burwell* (1700), 1 Ld. Raym. 467; *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*, [1967] 2 Q.B. 864; *Re Liverpool Taxi Owner's Association*, [1972] 2 All E.R. 589; *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40; *R. v. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Co. (1920), Ltd.*, [1924] 1 K.B. 171; *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch. 149; *Nakkuda Ali v. Jayaratne*, [1951] A.C. 66; *R. v. London Borough of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643; *R. v. Barnsley Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*, [1976] 3 All E.R. 452; *In re H.K. (an infant)*, [1967] 2 Q.B. 617; *Furnell v. Whangarei High Schools Board*, [1973] A.C. 660; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *R. v. Army Council, Ex p. Ravenscroft*, [1917] 2 K.B. 504; *Dawkins v. Lord Rokeby*, L.R. 8 Q.B. 255; *Re Armstrong and Whitehead*, [1973] 2 O.R. 495; *Fraser v. Mudge*, [1975] 3 All E.R. 78; *Daemar v. Hall*, [1978] 2 N.Z.L.R. 594; *La Reine et Archer c. White*, [1956] R.C.S. 154; *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. McCaud*, [1969] 1 C.C.C. 371; *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974); *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ qui a accueilli l'appel interjeté par le Comité intimé de la décision du juge Mahoney sur une demande par l'appelant d'un bref de *certiorari* en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pourvoi accueilli.

B. A. Crane, c.r., et *John Conroy*, pour l'appelant.

T. B. Smith, c.r., et *Henry Mollot*, pour l'intimé.

Version française des motifs du Juge en chef et des juges Dickson et McIntyre rendus par

LE JUGE DICKSON—Le requérant, détenu dans un pénitencier fédéral en Colombie-Britannique, l'Institution de Matsqui, cherche à obtenir un bref de *certiorari* en vue d'évoquer devant la Division de première instance de la Cour fédérale du

¹ [1978] 2 F.C. 637.

¹ [1978] 2 C.F. 637.

purpose of quashing, a conviction by the Inmate Disciplinary Board of the penitentiary.

I

The appeal raises in general terms the question of the supervisory role, if any, of the Federal Court, Trial Division, in respect of disciplinary boards within Canadian penitentiaries. It also calls for consideration of three related issues of importance in Canadian administrative law.

First, it compels resolution of the continuing debate concerning the review jurisdiction of the Trial Division and Court of Appeal under, respectively, ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*, an issue left open by this Court in earlier judgments. If the Court of Appeal lacks jurisdiction under s. 28 to entertain an application to review and set aside, then the question which must be asked, and to which this case must give the answer, is whether the impugned decision or order can be challenged by application for *certiorari* under s. 18 of the Act.

Second, the case calls for closer analysis of the duty to act fairly—the English “fairness doctrine”—than has hitherto been necessary.

Third, the appeal raises the question of the potential breadth of the common law remedy of *certiorari* in Canada.

Helpful comment upon these several issues thus raised will be found in a number of scholarly articles. See, for example: Mullan, (1973) 23 U.T.L.J. 14; (1975) 25 U.T.L.J. 281; (L.R.C.C. 1977); Fera, (1977) 23 McGill L.J. 497; (1979) 11 Ott. L. Rev. 78; Price, (1977) 3 Queens L.J. 214; Janisch, (1977) 55 Can. Bar. Rev. 576; Evans, (1973) 36 Mod. L. Rev. 93; (1977) 23 McGill L.J. 132; Northey, (1974) N.Z.L.J. 133; (1974-5) 6 N.Z. Univ. L. Rev. 59; Taylor, (1972-3) 5 N.Z. Univ. L. Rev. 373; (1974-6) 1 Monash Univ. L. Rev. 258; Loughlin, (1978) 28 U.T.L.J. 215; Sykes and Tracey, (1975-6) 10 Melbourne Univ. L. Rev. 564.

Canada une déclaration de culpabilité prononcée par le Comité de discipline des détenus du pénitencier, et de la faire annuler.

I

Le pourvoi soulève en termes généraux la question du rôle de surveillance, s'il en est, de la Division de première instance de la Cour fédérale sur les comités de discipline dans les pénitenciers canadiens. Il exige aussi l'examen de trois questions connexes d'importance en droit administratif canadien.

Premièrement, il impose que soit vidé le débat continu sur la compétence d'examen de la Division de première instance et de la Cour d'appel en vertu des art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* respectivement, question que cette Cour a laissée en suspens dans des arrêts antérieurs. Si la Cour d'appel n'a pas compétence pour entendre une demande d'examen et d'annulation en vertu de l'art. 28, alors se pose la question à laquelle ce pourvoi doit répondre, savoir si la décision ou ordonnance attaquée peut être contestée par une demande de *certiorari* en vertu de l'art. 18 de la Loi.

Deuxièmement, ce pourvoi exige que l'on fasse une analyse plus fouillée de l'obligation d'agir équitablement—la «doctrine d'équité» anglaise—que cela n'a été nécessaire jusqu'ici.

Troisièmement, le pourvoi soulève la question de la portée potentielle, au Canada, du recours de *common law* qu'est le *certiorari*.

Dans plusieurs articles savants, on trouve des commentaires utiles sur les différentes questions soulevées. Voir, par exemple: Mullan, (1973) 23 U.T.L.J. 14; (1975) 25 U.T.L.J. 281; (L.R.C.C. 1977); Fera, (1977) 23 McGill L.J. 497; (1979) 11 Ott. L. Rev. 78; Price, (1977) 3 Queens L.J. 214; Janisch, (1977) 55 Can. Bar. Rev. 576; Evans, (1973) 36 Mod. L. Rev. 93; (1977) 23 McGill L.J. 132; Northey, (1974) N.Z.L.J. 133; (1974-5) 6 N.Z. Univ. L. Rev. 59; Taylor, (1972-3) 5 N.Z. Univ. L. Rev. 373; (1974-6) 1 Monash Univ. L. Rev. 258; Loughlin, (1978) 28 U.T.L.J. 215; Sykes and Tracey, (1975-6) 10 Melbourne Univ. L. Rev. 564.

II

At the outset, it will be recalled that s. 18 provides that the Trial Division has exclusive original jurisdiction to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto* or grant declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal. Section 28(1) provides:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

- (a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;
- (b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or
- (c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

Section 28(3) goes on to say:

28. (3) Where the Court of Appeal has jurisdiction under this section to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order.

It has been argued that s. 18 purports to transfer jurisdiction from provincial courts to the Trial Division of the Federal Court and clothes the latter with exclusive jurisdiction to grant relief by way of *certiorari* against federal boards, commissions or other tribunals, but that s. 28 removes that jurisdiction from the Trial Division in respect of *certiorari*, despite the express words of s. 18. In other words, the terms of s. 28 completely exclude what s. 18 apparently granted. If that view be correct, and s. 18 is indeed sterile and without

II

Au départ, rappelons que l'art. 18 établit que la Division de première instance a compétence exclusive pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de prohibition, un bref de *mandamus* ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral. Le paragraphe 28(1) énonce:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, 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 par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

- a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;
- b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou
- c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

Le paragraphe 28(3) poursuit:

28. (3) Lorsque, en vertu du présent article, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, la Division de première instance est sans compétence pour connaître de toute procédure relative à cette décision ou ordonnance.

On a soutenu que l'art. 18 vise à transférer à la Division de première instance de la Cour fédérale la compétence des cours provinciales et à lui conférer la compétence exclusive pour accorder un redressement par voie de *certiorari* contre les offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux, mais que l'art. 28 la lui retire à l'égard du *certiorari*, malgré les termes exprès de l'art. 18. En d'autres mots, le texte de l'art. 28 exclut complètement ce que l'art. 18 paraît accorder. Si cette prétention est juste et que l'art. 18 est réellement

independent life, then a narrow reading of s. 28 will virtually deny Canadians recourse against federal tribunals. It is not disputed that the Inmate Disciplinary Board of Matsqui Institution is a federal board, commission or other tribunal.

III

It is important to emphasize that the point, and the only point, in this appeal is as to jurisdiction. We are not concerned at this time with whether Martineau has a valid complaint. The only question before us is whether he has the right to have that complaint considered in the Trial Division of the Federal Court.

A detailed recital of the facts set out in the affidavits is unnecessary. Martineau and one Butters, both inmates at Matsqui Institution, were charged with having committed two offences, (i) two inmates in a cell, and (ii) committing an indecent act (homosexual). The offences were categorized as "flagrant or serious", and thus were referred to a staff disciplinary board (assistant director of security, a security guard, and a living unit officer) for a hearing of the charges.

Martineau pleaded guilty to the first charge. On the second charge he was found guilty of the lesser offence of being in an indecent position and was sentenced to the special corrections unit (punitive isolation) for fifteen days on a restricted diet and loss of privileges. He challenged the conviction, relying upon Directive No. 213 of the Commissioner of Penitentiaries (issued pursuant to ss. 29(3) of the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6 and ss. 2.28, 2.29, 2.30 and 2.31 of the *Penitentiary Service Regulations*). Section 13(c) of the Directive provides that no finding shall be made against an inmate for a serious or flagrant offence unless (i) he has received written notice of the charge and a summary of the evidence alleged against him at least 24 hours before the hearing, (ii) he has appeared personally at the hearing so that the evidence against him is given in his presence, and (iii) he has been given an opportunity to make full answer and defence to the charge. Mar-

stérile et sans effet autonome, une interprétation étroite de l'art. 28 privera pratiquement les Canadiens de tout recours contre les tribunaux fédéraux. Il n'est pas contesté que le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui est un office, une commission ou un autre tribunal fédéral.

III

Il importe de souligner que le présent pourvoi soulève une seule et unique question, celle de la compétence. Nous n'examinons pas à ce stade si Martineau est fondé à se plaindre. La seule question qui nous est soumise est s'il a le droit de porter son grief devant la Division de première instance de la Cour fédérale.

Il n'est pas nécessaire de relater en détails les faits énoncés dans les affidavits. Martineau et un nommé Butters, tous deux détenus à l'Institution de Matsqui, ont été accusés d'avoir commis deux infractions: (i) deux détenus dans une cellule et (ii) acte incitant (homosexualité). Les infractions ont été qualifiées de «flagrantes ou graves», et ont en conséquence été soumises pour instruction à un comité de discipline, constitué du directeur adjoint de la sécurité, d'un agent de sécurité et d'un agent d'unité résidentielle.

Martineau a plaidé coupable sur la première accusation. Quant à la seconde, il a été trouvé coupable de l'infraction moindre de s'être trouvé dans une position indécente et a été condamné à quinze jours dans l'unité spéciale de correction (isolement punitif) avec régime alimentaire sans variété et perte de priviléges. Il a contesté la condamnation, en se fondant sur la directive n° 213 du commissaire des pénitenciers (établissement conformément au par. 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6 et les art. 2.28, 2.29, 2.30 et 2.31 du *Règlement sur le service des pénitenciers*). L'alinéa 13c) de la directive énonce qu'on ne prononcera aucun verdict contre un détenu accusé d'une infraction grave ou manifeste à moins (i) qu'il ait reçu un avis écrit de l'accusation et un sommaire des preuves que l'on possède contre lui au moins 24 heures avant l'ouverture de l'instruction, (ii) qu'il ait comparu en personne à l'audition de façon que les accusations portées

tineau alleges a number of departures from these procedural safeguards. He says that neither he, nor anyone representing him, was permitted to be present when the disciplinary board heard evidence from the person alleged to have participated with him in the offence of which he was convicted. In essence his claim is grounded upon a breach of procedural fairness on the part of the disciplinary board.

So far as I have been able to determine, there is no provision for appeal to a higher authority by an inmate who feels aggrieved by a conviction or sentence of the disciplinary board.

IV

Faced with the difficult and uncertain language of ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*, Martineau launched proceedings in both the Federal Court of Appeal and in the Trial Division of that Court. The Federal Court of Appeal before whom the matter first came on a s. 28 application, by a majority, dismissed the application for lack of jurisdiction ([1976] 2 F.C. 198). This Court, by a majority, dismissed the further appeal: *Martineau and Butters v. The Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*² (hereinafter referred to as *Martineau* (No. 1)). The Court held that the impugned order was not within the scope of the opening words of s. 28 of the *Federal Court Act* and that the Directive of the Commissioner of Penitentiaries was not "law" within the meaning of the phrase "by law" in s. 28.

Unsuccessful in his challenge by way of the Federal Court of Appeal, Martineau resumed the proceedings, temporarily held in abeyance, which he had commenced in the Trial Division of the Federal Court. Mr. Justice Mahoney of the Trial Division, by agreement, heard an application by Martineau under Federal Court Rule 474 for preliminary determination of a question of law: namely, whether or not the Federal Court, Trial

contre lui le soient en sa présence, et (iii) qu'on lui ait donné la possibilité de dire tout ce qu'il avait à dire pour sa défense. Martineau allègue qu'il y a eu plusieurs entorses à ces garanties de procédure. Il dit que ni lui, ni personne le représentant, n'a été autorisé à assister au témoignage devant le comité de discipline de la personne qui aurait participé avec lui à l'infraction dont il a été trouvé coupable. Essentiellement son grief se fonde sur une violation de l'équité en matière de procédure par le comité de discipline.

A ma connaissance, aucune disposition ne prévoit qu'un détenu, qui se sent lésé par une condamnation ou une peine imposée par le comité de discipline, puisse faire appel à une autorité supérieure.

IV

Face au texte complexe et imprécis des art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, Martineau a intenté des procédures tant en Cour d'appel fédérale qu'en Division de première instance. La question a d'abord été soumise à la Cour d'appel fédérale dans une demande présentée conformément à l'art. 28 que celle-ci a rejetée, à la majorité, pour défaut de compétence ([1976] 2 C.F. 198). Cette Cour, à la majorité, a rejeté le pourvoi subséquent: *Martineau et Butters c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*² (ci-après appelé *Martineau* (n° 1)). Elle a statué que l'ordonnance attaquée ne relevait pas du paragraphe introductif de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que la directive du commissaire des pénitenciers ne constituait pas une «loi» au sens du mot «légalemen» employé à l'art. 28.

Ayant échoué en Cour d'appel fédérale, Martineau a repris les procédures, temporairement suspendues, devant la Division de première instance de la Cour fédérale. Du consentement des parties, le juge Mahoney de la Division de première instance a entendu une demande de Martineau en vertu de la Règle 474 de la Cour fédérale pour obtenir une décision préliminaire sur un point de droit: savoir si la Division de première instance de

² [1978] 1 S.C.R. 118.

² [1978] 1 R.C.S. 118.

Division, had jurisdiction in the circumstances. His conclusion ([1978] 1 F.C. 312, at 318-9):

I take it that in Canada, in 1975, a public body, such as the respondent, authorized by law to impose a punishment, that was more than a mere denial of privileges, had a duty to act fairly in arriving at its decision to impose the punishment. Any other conclusion would be repugnant. The circumstances disclosed in this application would appear to be appropriate to the remedy sought. I am not, of course, deciding whether the remedy should be granted but merely whether it could be granted by the Federal Court of Canada, Trial Division. In my view it could.

In *Magrath v. The Queen*³, Collier J. of the Federal Court, Trial Division, agreed with the observations and conclusions of Mahoney J. in the *Martineau* case.

Shortly thereafter, however, Chief Justice Jackett gave judgment for a unanimous Federal Court of Appeal ([1978] 2 F.C. 637) allowing an appeal from the judgment of Mahoney J. in the Trial Division. The reasons of the Court are brief but amplified in footnotes and in an Appendix. This Court is taken to have decided in *Martineau* (No. 1) that the Appeal Division of the Federal Court lacked jurisdiction because "the 'convictions' were administrative decisions that were 'not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis'". It followed, in the view of the Federal Court of Appeal, that the "convictions" could not be attacked under s. 18 of the *Federal Court Act* by a writ of *certiorari*. The Court recognized that the ambit of *certiorari* has expanded from the time it was a writ whose sole function was to enable a superior court of law to review decisions of inferior courts of law. In the view of the Court, however, the writ continues to have application only where the decision attacked is either judicial in character, or is required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. The conclusion of the Court is expressed in these words:

When we read ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*, we cannot escape the conclusion that the words "quasi-judicial basis" were intended to include every method of

la Cour fédérale avait compétence dans les circonstances. Voici sa conclusion ([1978] 1 C.F. 312, aux pp. 318 et 319):

Je suppose qu'au Canada, en 1975, un organisme public tel que l'intimé, autorisé par la loi à imposer une peine qui était plus qu'une simple perte de priviléges, avait le devoir d'agir équitablement en décidant d'imposer la peine. Toute autre conclusion serait incompatible. Les circonstances révélées dans cette demande paraissent être appropriées au redressement recherché. Je ne suis pas, évidemment, en train de décider si le redressement devrait être accordé, mais simplement s'il pourrait être accordé par la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada. Selon moi, elle le peut.

Dans *Magrath v. The Queen*³, le juge Collier de la Division de première instance de la Cour fédérale a souscrit aux remarques et aux conclusions du juge Mahoney dans l'affaire *Martineau*.

Peu après, cependant, le juge en chef Jackett a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel fédérale ([1978] 2 C.F. 637) qui a accueilli un appel du jugement du juge Mahoney en Division de première instance. Les motifs de la Cour sont brefs, mais sont étoffés par des notes en bas de page et une annexe. On y considère que cette Cour a décidé dans *Martineau* (N° 1) que la Cour d'appel fédérale n'avait pas compétence parce que «les déclarations de culpabilité» étaient des décisions de nature administrative qui «n'[étaient] pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». En conséquence, selon la Cour d'appel, les «déclarations de culpabilité» ne pouvaient être attaquées en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* par bref de *certiorari*. La Cour a reconnu que la portée du bref de *certiorari* s'est étendue depuis l'époque où il n'avait pour seule fonction que de permettre à une cour supérieure d'examiner les décisions de cours d'instance inférieure. Selon elle cependant, le bref ne continue à pouvoir s'appliquer que lorsque la décision attaquée est soit de nature judiciaire, soit légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. La conclusion de la Cour est exprimée comme suit:

A la lecture des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, nous ne pouvons nous empêcher de conclure que l'expression «processus quasi judiciaire» a été adop-

³ (1977), 38 C.C.C. (2d) 67.

³ (1977), 38 C.C.C. (2d) 67.

reaching a decision or order that would support an application by way of *certiorari* other than a purely "judicial . . . basis". (p. 640)

The Appendix to the judgment reveals the basis for the Court's reading of *Martineau* (No. 1). If "quasi-judicial" in s. 28 is regarded as delimiting the range of decisions to which the "fairness" doctrine may apply, then should jurisdiction be lacking under s. 28, a remedy of *certiorari* grounded upon the fairness doctrine cannot avail an applicant under s. 18. With great respect, in my view, this Court's decisions in *Howarth v. National Parole Board*⁴, and *Martineau* (No. 1), and the Court's recent judgment in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*⁵ (which post-dates the judgment of the Federal Court of Appeal in these proceedings) indicate a different approach. Particularly, the judgment in *Nicholson* betokens a significant development in our administrative law in its adoption of the English case authorities on the fairness doctrine.

V

Howarth brought to the fore a difference in perception of the relationship between ss. 18 and 28 of the *Federal Court Act*. The minority indicated a desire to read the new s. 28 application to review and set aside as a remedy at least as broad as, if not broader than, *certiorari*, primarily by means of an expansive view of "decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis". The majority view, however, began with the premise that "s. 28 of the *Federal Court Act* operates as an exception to the general provision of s. 18, whereby supervisory jurisdiction over federal boards is wholly transferred from the superior courts of the provinces to the Trial Division of the Federal Court . . .". Accordingly, "the new remedy created by s. 28 is restricted in its application to judicial decisions or to administrative orders required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis". Because of their importance in the resolu-

tée afin d'inclure toute méthode qui consisterait à rendre une décision ou une ordonnance qui ferait droit à une demande introduite par voie de *certiorari* autre qu'une méthode qui relèverait purement d'un «processus judiciaire . . .». (pages 639 et 640)

L'annexe de l'arrêt révèle le fondement de l'interprétation de l'arrêt *Martineau* (n° 1) par la Cour. Si l'on considère que l'expression «quasi judiciaire» à l'art. 28 délimite le champ des décisions auxquelles la doctrine d'«équité» peut s'appliquer, un requérant ne peut, en vertu de l'art. 18, fonder un recours en *certiorari* sur cette doctrine lorsque l'art. 28 ne confère pas compétence. Avec égards, à mon avis, les arrêts de cette Cour, *Howarth c. La Commission nationale des libérations conditionnelles*⁴, et *Martineau* (n° 1), ainsi que son arrêt récent *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*⁵ (qui est postérieur à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale en l'espèce) indiquent une manière différente d'aborder la question. L'arrêt *Nicholson* en particulier dénote une évolution importante de notre droit administratif car il adopte la jurisprudence anglaise sur la doctrine d'équité.

V

L'arrêt *Howarth* a mis en lumière des perceptions différentes du rapport entre les art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La minorité a indiqué un désir d'interpréter la demande d'examen et d'annulation en vertu de l'art. 28 nouvellement créée comme un recours au moins aussi large, sinon plus, que le *certiorari*, essentiellement par le biais d'une conception extensive de la «décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». L'opinion de la majorité cependant se fonde sur la prémissse que l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* fait exception à la règle générale de l'art. 18, en vertu duquel le pouvoir de surveillance sur les offices fédéraux est entièrement transféré des cours supérieures des provinces à la Division de première instance de la Cour fédérale . . .». En conséquence, «l'application du nouveau recours institué par l'art. 28 est restreinte aux décisions ou ordonnances de nature adminis-

⁴ [1976] 1 S.C.R. 453.

⁵ [1979] 1 S.C.R. 311.

⁴ [1976] 1 R.C.S. 453.

⁵ [1979] 1 R.C.S. 311.

tion of the present appeal, I must quote *in extenso* from the judgment of Mr. Justice Pigeon, speaking for a majority of the Court in *Howarth*:

It will be seen that while supervisory jurisdiction over federal boards is conferred generally upon the Trial Division without any restriction as to the nature of the decision under consideration, the new remedy created by s. 28 is restricted to its application to judicial decisions or to administrative orders required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. It is only in respect of such decisions or orders that the new remedy equivalent to an appeal is made available. Thus, the clear effect of the combination of ss. 18 and 28 is that a distinction is made between two classes of orders of federal boards. Those that, for brevity, I will call judicial or quasi-judicial decisions are subject to s. 28 and the Federal Court of Appeal has wide powers of review over them. The other class of decisions comprises those of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. With respect to that second class, the new remedy of s. 28, the kind of appeal to the Appeal Division, is not available, but all the other remedies, all the common law remedies, remain unchanged by the *Federal Court Act*. The only difference is that the jurisdiction is no longer exercisable by the superior courts of the provinces, but only by the Trial Division of the Federal Court. The very fact that such a distinction is made shows that the s. 28 application is not intended to be available against all administrative board decisions.

The reason I am stressing this point is that in argument, Counsel for the appellant relied mainly on cases dealing with the duty of fairness lying upon all administrative agencies, in the context of various common law remedies. These are, in my view, completely irrelevant in the present case because a s. 28 application is an exception to s. 18 and leaves intact all the common law remedies in the cases in which it is without application. The Federal Court of Appeal did not consider, in quashing the application, whether the Parole Board order could be questioned in proceedings before the Trial Division. (pp. 471-2)

Thus *Howarth* distinguishes between s. 18 and s. 28 review jurisdiction in the Federal Court, the new remedy under s. 28 not being exhaustive of

trative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Vu leur importance pour la solution du présent pourvoi, je dois citer au complet un passage des motifs du juge Pigeon, qui a exprimé l'opinion majoritaire dans *Howarth*:

On voit que si le pouvoir de surveillance sur les offices fédéraux est conféré de façon générale à la Division de première instance sans aucune restriction quant à la nature de la décision mise en question, l'application du nouveau recours institué par l'art. 28 est restreinte aux décisions ou ordonnances de nature administrative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. C'est seulement à l'égard de telles décisions ou ordonnances que le nouveau recours équivalent à un appel est admissible. Ainsi, l'effet évident des art. 18 et 28 combinés est d'établir une distinction entre deux catégories d'ordonnances d'offices fédéraux. Celles que, pour être concis, j'appellerai des décisions judiciaires ou quasi judiciaires, sont assujetties à l'art. 28, et la Cour d'appel fédérale a, à leur égard, des pouvoirs d'examen étendus. L'autre catégorie de décisions comprend celles qui sont de nature administrative et ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. A l'égard de cette seconde catégorie, le nouveau recours de l'art. 28, une sorte d'appel à la Division d'appel, n'est pas admissible, mais tous les autres recours, ceux de droit commun, demeurent inchangés. La seule différence c'est que la compétence en la matière ne peut plus être exercée par les cours supérieures des provinces mais seulement par la Division de première instance de la Cour fédérale. Le seul fait d'établir cette distinction démontre que la demande en vertu de l'art. 28 n'est pas admissible à l'encontre de toutes les décisions d'offices administratifs.

J'insiste sur ce point parce que, dans sa plaidoirie, l'avocat de l'appelant s'est appuyé surtout sur des arrêts qui, dans le contexte des recours de droit commun, traitent du devoir d'être justes qui incombe à tous les organismes administratifs. Ces arrêts sont, à mon avis, sans rapport aucun avec la présente affaire parce que l'art. 28 est une exception à l'art. 18 et laisse intacts tous les recours de droit commun dans les cas où l'art. 28 ne s'applique pas. La Cour d'appel fédérale n'a pas considéré, en annulant la demande, si l'ordonnance de la Commission des libérations conditionnelles pouvait être contestée par des procédures devant la Division de première instance. (pp. 471 et 472)

Howarth fait donc une distinction entre les pouvoirs d'examen en vertu des art. 18 et 28 en Cour fédérale, le nouveau recours en vertu de l'art. 28

Federal Court jurisdiction to review federal government action. The consequence, as Mr. Justice Pigeon puts it, is that under the *Federal Court Act* "a distinction is made between two classes of orders of federal boards".

Further, a distinction is clearly drawn between the duty to act judicially and the duty to act fairly. Pigeon J. rejects the argument that a duty to act fairly is relevant to the question of jurisdiction under s. 28, but the relevance of such an argument in the context of s. 18 is expressly left open.

The duty to act fairly was alluded to by Mr. Justice Spence, speaking on behalf of the full Court in *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*⁶, at p. 479. He said: "It is true that in exercising what, in my view, is an administrative power, the Minister is required to act fairly and for a proper motive and his failure to do so might well give rise to a right of the person affected to take proceedings under s. 18 (a) of the *Federal Court Act* . . .". See also *Roper v. Executive of Medical Board of Royal Victoria Hospital*⁷, at p. 67.

Martineau (No. 1) was wholly unconcerned with the issue of "fairness". The central issue there was whether the decision of the disciplinary board was within the scope of s. 28 as being "required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis".

Mr. Justice Pigeon, again speaking for a majority of the Court, considered the question whether the directive of the Commissioner was to be regarded as "law" within the wording of s. 28 and concluded that, while Regulations under the *Penitentiary Act* were law, the same could not be said of the directives . . . "It is not in any legislative capacity that the Commissioner is authorized to issue directives but in his administrative capacity."

⁶ [1978] 1 S.C.R. 470.

⁷ [1975] 2 S.C.R. 62.

n'épuisant pas le pouvoir de cette cour-là de contrôler l'activité du gouvernement fédéral. En vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'effet, comme le dit le juge Pigeon, est «d'établir une distinction entre deux catégories d'ordonnances d'offices fédéraux».

De plus, une distinction est clairement établie entre l'obligation d'agir de façon judiciaire et l'obligation d'agir équitablement. Le juge Pigeon rejette l'argument qu'une obligation d'agir équitablement est pertinente à la question de compétence en vertu de l'art. 28, mais la pertinence de cet argument dans le contexte de l'art. 18 est expressément laissée en suspens.

Le juge Spence, en exposant l'opinion de la Cour au complet dans l'arrêt *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*⁶, à la p. 479, fait allusion à l'obligation d'agir équitablement. Il dit: «Il est vrai que dans l'exercice de ce qui constitue, à mon avis, un pouvoir administratif, le Ministre doit agir équitablement et pour des motifs légitimes, et l'omission de ce faire pourrait bien donner le droit à l'intéressé d'entamer des procédures en vertu de l'al. a) de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* . . .». Voir aussi *Roper c. Executive of Medical Board of Royal Victoria Hospital*⁷, à la p. 67.

Martineau (n° 1) ne portait aucunement sur la question d'"équité". La question centrale était de savoir si la décision du comité de discipline relevait de l'art. 28 comme «légalemenr soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire».

Le juge Pigeon, exprimant encore l'opinion majoritaire, s'est demandé si la directive du commissaire devait être considérée comme une «loi» au sens de l'art. 28 et a conclu que, bien que le Règlement adopté en vertu de la *Loi sur les pénitenciers* constitue une loi, on ne peut en dire autant des directives . . . «Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives mais en qualité d'administrateur.»

⁶ [1978] 1 R.C.S. 470.

⁷ [1975] 2 R.C.S. 62.

In the case of an inmate disciplinary board, the directive of the Commissioner lacks statutory force and, by implication then, Parliament did not intend the directive to have status as a procedural code defining rules of natural justice exhaustively for the board. Accordingly, the decision in question was not one required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, and the applicant had not brought himself within the precise language of s. 28. That does not, however, determine the relevant question of a *certiorari* application under s. 18, where the inquiry is whether the public body may have a duty to act fairly in the broader, non-technical manner suggested in *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*⁸.

The reasoning of the Court in *Martineau* (No. 1) is instructive on this point. Mr. Justice Pigeon, while denying that the directive was a "procedural code", also rejected the suggestion that mere fairness in its "good faith" sense, as employed by the Federal Court of Appeal fulfils the obligation of the board:

With respect, I find it difficult to agree with the view that Directive No. 213 merely requires that a disciplinary decision such as the impugned order be made fairly and justly. (p. 127)

Implicitly, then, the majority in *Martineau* (No. 1) accepted a measure of procedural content in a duty of fairness resting upon the board—something more than the absolute minimum of "good faith", but something less than strict application of the procedure set forth in the directive.

The Matsqui Institution Disciplinary Board, respondent in this appeal, has cited the following passage from the judgment of this Court in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*⁹, in support of the contention that non-reviewability under s. 28 forecloses review by writ of *certiorari* under s. 18:

⁸ [1979] 2 W.L.R. 42 (C.A.) rev'd [1978] 2 W.L.R. 598 (D.C.).

⁹ [1979] 1 S.C.R. 495.

Dans le cas d'un comité de discipline de détenus, la directive du commissaire n'a pas force de loi et il faut en inférer que le Parlement n'entendait pas que la directive ait le statut d'un code de procédure définissant exhaustivement les règles de justice naturelle que devait respecter le comité. En conséquence, la décision en question n'était pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, et le requérant ne pouvait se prévaloir du texte de l'art. 28. Cela ne règle cependant pas la question pertinente à une demande de *certiorari* en vertu de l'art. 18 où il s'agit de décider si l'organisme public peut avoir une obligation d'agir équitablement dans le sens plus large, non procédural suggéré dans *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*⁸.

Le raisonnement de la Cour dans *Martineau* (n° 1) est révélateur sur ce point. Le juge Pigeon, tout en niant que la directive constituât «un code de procédure», a aussi rejeté l'argument que le comité s'acquitte de son obligation en faisant preuve de simple équité au sens de «bonne foi», sens employé par la Cour d'appel fédérale:

En toute déférence, je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle la directive n° 213 exige simplement qu'une décision de nature disciplinaire, comme l'ordonnance contestée, soit rendue avec équité et justice. (p. 127)

Implicitement donc, la majorité dans *Martineau* (n° 1) a reconnu un certain contenu procédural à l'obligation du comité d'agir équitablement—ce qui est plus exigeant que le minimum absolu de «bonne foi», mais l'est moins qu'une application stricte de la procédure énoncée dans la directive.

A l'appui de sa prétention que lorsqu'il n'y a pas d'examen en vertu de l'art. 28, il ne peut y en avoir par bref de *certiorari* en vertu de l'art. 18, le comité de discipline de l'Institution de Matsqui, intimé en l'espèce, a cité le passage suivant de l'arrêt de cette Cour dans *Le ministre du Revenu national c. Coopers et Lybrand*⁹.

⁸ [1979] 2 W.L.R. 42 (C.A.) infirmant [1978] 2 W.L.R. 598 (C. de D.).

⁹ [1979] 1 R.C.S. 495.

Accordingly, administrative decisions must be divided between those which are reviewable, by *certiorari* or by s. 28 application or otherwise, and those which are non-reviewable. The former are conveniently labelled "decisions or orders of an administrative nature required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis", the latter "decisions or orders not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis." It is not only the decision to which attention must be directed, but also the process by which the decision is reached. (p. 501)

The issues to which *Coopers and Lybrand* was directed relate to the classification of decisions eligible for review under s. 28 of the *Federal Court Act*, the very classification process with which the Court was concerned in *Howarth* and *Martineau* (No. 1). This is implicitly recognized by mention of both cases in *Coopers and Lybrand*. If anything pertinent to the present discussion is suggested by the latter judgment, it is that "administrative decision does not lend itself to rigid classification of functions". As such, it has no direct application to the new and broader territory, unhindered by exigencies of classification, that is now opened by evolution of the common law doctrine of fairness enforced by the common law remedies, including *certiorari*.

Restrictive reading of s. 28 of the *Federal Court Act* need not, of necessity, lead to a reduction in the ambit for judicial review of federal government action. Section 18 is available. Section 28 has caused difficulties, not only because of the language in which it is cast but, equally, because it tended to crystallize the law of judicial review at a time when significant changes were occurring in other countries with respect to the scope and grounds for review. Sections 18 and 28 of the *Federal Court Act* were obviously intended to concentrate judicial review of federal tribunals in a single federal court. As I read the Act, Parliament envisaged an extended scope for review. I am therefore averse to giving the Act a reading which would defeat that intention and posit a diminished scope for relief from the actions of federal tribunals. I simply cannot accept the view that Parliament intended to remove the old common law remedies, including *certiorari*, from the provincial

En conséquence, il y a deux sortes de décisions administratives, celles qui peuvent être contrôlées, par *certiorari* ou à la suite d'une demande en vertu de l'art. 28 ou autrement, et celles qui ne le peuvent pas. les premières sont commodément désignées comme «décisions ou ordonnances de nature administrative qui sont légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire» et les dernières comme «décisions ou ordonnances de nature administrative qui ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Il ne faut pas uniquement scruter la décision mais également le processus qui y conduit.

L'arrêt *Coopers et Lybrand* portait sur des questions relatives à la classification de décisions susceptibles d'examen en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le processus même sur lequel la Cour s'est penchée dans *Howarth* et *Martineau* (n° 1). La mention de ces deux arrêts dans *Coopers et Lybrand* le reconnaît implicitement. Si ce dernier arrêt suggère quelque chose qui soit pertinent à la présente analyse, c'est que «la décision de nature administrative ne se prête pas à une classification rigide de fonctions». Comme tel, il ne s'applique pas directement au champ nouveau et plus vaste, libre des exigences de classification, que rend maintenant accessible l'évolution de la doctrine d'équité en *common law*, appuyée par les recours de *common law*, dont le *certiorari*.

Une interprétation stricte de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne conduit pas inéluctablement à une diminution de l'étendue du contrôle judiciaire de l'activité du gouvernement fédéral. On peut avoir recours à l'art. 18. L'article 28 a causé des difficultés, non seulement de par son texte, mais aussi parce qu'il tendait à cristalliser le droit du contrôle judiciaire à un moment où des modifications importantes se produisaient dans d'autres pays quant à l'étendue de ce contrôle et aux motifs y donnant ouverture. Il est évident que par les art. 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, on entendait concentrer en une seule cour fédérale le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux fédéraux. Selon mon interprétation de la Loi, le Parlement désirait étendre le champ du pouvoir de contrôle. Je suis donc opposé à donner à la Loi une interprétation qui ferait échec à cette intention et poserait en principe une diminution du champ des recours contre les actes des tribunaux fédéraux. Je

superior courts, and vest them in the Trial Division of the Federal Court, only to have those remedies rendered barren through the interaction of ss. 18 and 28 of the Act. I would apply the principle laid down by Brett L.J. in *Reg. v. Local Government Board*¹⁰, at p. 321, that the jurisdiction of a court ought to be exercised widely when dealing with matters perhaps not strictly judicial, but in which the rights or interests of citizens are affected.

VI

The dominant characteristic of recent developments in English administrative law has been expansion of judicial review—jurisdiction to supervise administrative action by public authorities. *Certiorari* evolved as a flexible remedy, affording access to judicial supervision in new and changing situations. In 1700, Chief Justice Holt could say, in *The Case of Cardiffe Bridge*¹¹, “wherever any new jurisdiction is erected, be it by private or public Act of Parliament, they are subject to the inspections of this Court by writ of error, or by *certiorari* and *mandamus*”. And in *Groenwelt v. Burwell*¹² Holt C.J. held again, in the context of the censors of the College of Physicians of London, that “it is plain that the censors have judicial power . . . where a man has power to inflict imprisonment upon another for punishment of his offence, there he hath judicial authority . . . for it is a consequence of all jurisdictions to have their proceedings returned here by *certiorari* to be examined here . . . Where any Court is erected by statute, a *certiorari* lies to it.” Nor has perception of *certiorari* as an adaptable remedy been in any way modified. The amplitude of the writ has been affirmed time and again. See, for example, the judgment of Lord Parker L.J. in *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*¹³, at p. 882.

ne peut tout simplement pas accepter la prétention que le Parlement voulait retirer aux cours supérieures des provinces les anciens recours de *common law*, y compris le *certiorari*, pour les conférer à la Division de première instance de la Cour fédérale et ensuite les rendre stériles par l'interaction des art. 18 et 28 de la Loi. Je suis d'avis d'appliquer le principe énoncé par lord Brett dans *Reg. v. Local Government Board*¹⁰, à la p. 321, que la compétence d'une cour doit s'exercer largement lorsqu'elle traite de questions qui ne sont peut-être pas strictement judiciaires mais qui portent atteinte aux droits ou intérêts des citoyens.

VI

La caractéristique dominante de l'évolution récente du droit administratif anglais a été l'extension du contrôle judiciaire—pouvoir de surveillance de l'activité de l'administration. Le *certiorari* est devenu un recours souple qui donne accès à la surveillance judiciaire dans des situations nouvelles et changeantes. En 1700, le juge en chef Holt pouvait dire, dans *The Case of Cardiffe Bridge*¹¹, [TRADUCTION] «lorsqu'une nouvelle juridiction est créée, que ce soit par une loi privée ou publique du Parlement, elle est soumise à la surveillance de cette Cour par bref d'erreur, ou par *certiorari* et *mandamus*». Et dans *Groenwelt v. Burwell*¹², le juge en chef Holt a conclu de nouveau, au sujet des gouverneurs du Collège des médecins de Londres, que [TRADUCTION] «il est clair que les gouverneurs sont investis d'un pouvoir judiciaire . . . lorsqu'un homme peut infliger l'emprisonnement à un autre pour le punir de l'infraction qu'il a commise, il est investi d'une autorité judiciaire . . . car c'est un corollaire pour toutes les juridictions que de voir leurs procédures renvoyées ici pour examen par *certiorari* . . . Lorsqu'une cour est créée par une loi, elle peut faire l'objet d'un *certiorari*.» La perception du *certiorari* comme recours adaptable n'a aucunement été modifiée. La portée du bref a été fréquemment confirmée. Voir, par exemple, les motifs du lord juge Parker dans *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*¹³, à la p. 882:

¹⁰ (1882), 10 Q.B.D. 309.

¹¹ 1 Salk. 146.

¹² (1700), 1 Ld. Raym. 467.

¹³ [1967] 2 Q.B. 864.

¹⁰ (1882), 10 Q.B.D. 309.

¹¹ 1 Salk. 146.

¹² (1700), 1 Ld. Raym. 467.

¹³ [1967] 2 Q.B. 864.

The position as I see it is that the exact limits of the ancient remedy by way of *certiorari* have never been and ought not to be specifically defined. They have varied from time to time being extended to meet changing conditions. At one time the writ only went to an inferior court. Later its ambit was extended to statutory tribunals determining a *lis inter partes*. Later again it extended to cases where there was no *lis* in the strict sense of the word but where immediate or subsequent rights of a citizen were affected. The only constant limits throughout were that it was performing a public duty.

Roskill L.J. in *Re Liverpool Taxi Owners' Association*¹⁴, at p. 596, expressed the thought in these words:

The long legal history of the former prerogative writs and of their modern counterparts, the orders of prohibition, *mandamus* and *certiorari* shows that their application has always been flexible as the need for their use in differing social conditions down the centuries had changed. (p. 596)

The principles of natural justice and fairness have matured in recent years. And the writ of *certiorari*, in like measure, has developed apace. The speeches in *Ridge v. Baldwin*¹⁵ show the evolutionary state of administrative law.

VII

Does *certiorari* lie to the Inmate Disciplinary Board? The usual starting point in a discussion of this nature is the "Electricity Commissioners" formula, found at p. 205 of *R. v. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Company (1920), Limited*¹⁶, where Atkin L.J. had this to say

Wherever any body of persons having legal authority to determine questions affecting the rights of subjects, and having the duty to act judicially, act in excess of their legal authority they are subject to the controlling jurisdiction of the King's Bench Division exercised in these writs.

¹⁴ [1972] 2 All E.R. 589.

¹⁵ [1964] A.C. 40.

¹⁶ [1924] 1 K.B. 171 (C.A.).

[TRADUCTION] Ma perception de la situation est que les limites exactes de l'ancien recours par voie de *certiorari* n'ont jamais été et ne doivent pas être spécifiquement définies. Elles ont varié dans le temps, s'étendant pour répondre à des besoins nouveaux. Il fut un temps où seule une cour d'instance inférieure pouvait faire l'objet du bref. Plus tard sa portée a été étendue aux tribunaux statutaires qui tranchent un litige entre des parties. Plus tard encore, il s'est étendu à des cas où il n'y a pas litige au sens strict du terme mais où des droits actuels ou futurs d'un citoyen sont touchés. Les seules limites constantes sont qu'il s'agisse d'un devoir public.

Lord Roskill dans *Re Liverpool Taxi Owners' Association*¹⁴, à la p. 596, a rendu cette idée en ces termes:

[TRADUCTION] La longue histoire juridique des anciens brefs de prérogative et de leurs équivalents modernes, les ordonnances de prohibition, de *mandamus* et de *certiorari*, montre que leur application a toujours été souple et a suivi le besoin de les utiliser dans des conditions sociales différentes au cours des siècles.

Les principes de justice naturelle et d'équité ont mûri ces dernières années. Et le bref de *certiorari* a évolué au même rythme. Les opinions formulées dans *Ridge v. Baldwin*¹⁵ montrent un droit administratif en évolution.

VII

Le comité de discipline des détenus peut-il faire l'objet d'un *certiorari*? Le point de départ habituel d'une analyse de ce genre est la formule de l'arrêt «Electricity Commissioners», qui se trouve à la p. 205 de *R. v. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Company (1920), Limited*¹⁶, où le lord juge Atkin a dit:

[TRADUCTION] Chaque fois qu'un organisme légalement investi du pouvoir de trancher des questions qui touchent aux droits des citoyens, et ayant l'obligation d'agir de façon judiciaire, outrepasse son pouvoir légal, ses décisions sont soumises au pouvoir de contrôle de la Division du Banc du Roi par le biais de ces brefs.

¹⁴ [1972] 2 All E.R. 589.

¹⁵ [1964] A.C. 40.

¹⁶ [1924] 1 K.B. 171 (C.A.).

Difficulty has arisen from the statement of Atkin L.J., in part from the fact that his words have been treated as if they had been engraven in stone, and in part because it is not clear what Atkin L.J. meant. How far, if at all, did he mean to limit the use of orders for *certiorari* and prohibition by the phrase "and having the duty to act judicially"? What did he mean by "judicially" in the context? It will be recalled that in the *Electricity Commissioner* case itself *certiorari* and prohibition issued to a group of administrators who were acting far more as part of the legislative than of the judicial process.

"Rights of Subjects"

The term "rights of subjects" has given concern, often being treated by courts as the *sine qua non* of jurisdiction to permit review. There has been an unfortunate tendency to treat "rights" in the narrow sense of rights to which correlative legal duties attach. In this sense, "rights" are frequently contrasted with "privileges", in the mistaken belief that only the former can ground judicial review of the decision-maker's actions. *Lain* is invaluable on this branch of Lord Atkin's test.

There the absence of any legal right on the part of the claimants to *ex gratia* payments from the criminal injuries compensation board would seem to pose an insuperable obstacle, but Ashworth J. disposed of this impediment without trouble and in broadest language:

For my part, I doubt whether Atkin L.J. was propounding an all-embracing definition of the circumstances in which relief by way of *certiorari* would lie. In my judgment the words in question read in the context of what precedes and follows them, would be of no less value if they were altered by omitting "the rights of" so as to become "affecting subjects". (p. 892)

Lord Denning aptly summarized the state of the law on this aspect in *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*¹⁷. There, the Master of the Rolls stated:

L'énoncé de lord Atkin a soulevé des difficultés, en partie parce qu'on l'a considéré comme immuable, et en partie parce que ce que lord Atkin a voulu dire n'est pas clair. Voulait-il limiter l'emploi des ordonnances de *certiorari* et de prohibition par l'expression «et ayant l'obligation d'agir de façon judiciaire» et, si oui, dans quelle mesure? Dans le contexte, que voulait-il dire par «de façon judiciaire»? On se rappellera que dans l'affaire *Electricity Commissioners*, des brefs de *certiorari* et de prohibition ont effectivement été délivrés à l'encontre d'un groupe d'administrateurs qui participaient plus à un processus législatif que judiciaire.

Les «droits des citoyens»

L'expression «droits des citoyens» a causé des difficultés car les cours l'ont souvent considérée comme la condition *sine qua non* du pouvoir de contrôle. Il y a eu une tendance malheureuse à considérer les «droits» dans le sens étroit de droits auxquels sont attachées des obligations juridiques. Dans ce sens, on oppose fréquemment «droits» et «priviléges», croyant à tort que seuls les premiers peuvent fonder le contrôle judiciaire des actes de l'instance décisionnelle. L'arrêt *Lain* donne une interprétation inestimable de cette partie du critère de lord Atkin.

Dans cet arrêt, l'absence d'un droit des réclamants à des paiements à titre gracieux de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes criminels aurait dû constituer a priori un obstacle insurmontable, mais le juge Ashworth en a disposé sans difficulté et dans les termes les plus larges:

[TRADUCTION] Pour ma part, je doute que le lord juge Atkin ait proposé une définition exhaustive des circonstances dans lesquelles il y aurait lieu à un redressement par voie de *certiorari*. A mon avis, les termes en question lus dans le contexte de ce qui les précède et de ce qui les suit ne perdraient rien s'ils étaient modifiés par l'omission de «droits» et devenaient «qui touchent les citoyens». (p. 892)

Lord Denning a bien résumé l'état du droit sur ce point dans *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*¹⁷. Le Maître des rôles y a dit:

¹⁷ [1969] 2 Ch. 149 (C.A.).

¹⁷ [1969] 2 Ch. 149 (C.A.).

The speeches in *Ridge v. Baldwin* . . . show that an administrative body may, in a proper case, be bound to give a person who is affected by their decision an opportunity of making representations. It all depends on whether he has some right or interest, or, I would add, some legitimate expectation, of which it would not be fair to deprive him without hearing what he has to say. (p. 170)

Professor Wade, in his book on *Administrative Law* (4th ed. 1977), has captured the relevance of this requirement of the test in this passage:

This requirement is really correlative to the idea of legal power, the exercise of which necessarily affects some person's legal rights, status or situation. The primary object of *certiorari* and prohibition is to make the machinery of government operate properly in the public interest, rather than to prevent private rights . . . The requirement of a decision 'affecting rights' is not therefore a limiting factor; it is rather an automatic consequence of the fact that power is being exercised. (pp. 541-2)

When concerned with individual cases and aggrieved persons, there is the tendency to forget that one is dealing with public law remedies, which, when granted by the courts, not only set aright individual injustice, but also ensure that public bodies exercising powers affecting citizens heed the jurisdiction granted them. *Certiorari* stems from the assumption by the courts of supervisory powers over certain tribunals in order to assure the proper functioning of the machinery of government. To give a narrow or technical interpretation to "rights" in an individual sense is to misconceive the broader purpose of judicial review of administrative action. One should, I suggest, begin with the premise that any public body exercising power over subjects may be amenable to judicial supervision, the individual interest involved being but one factor to be considered in resolving the broad policy question of the nature of review appropriate for the particular administrative body.

"Duty to Act Judicially"

Prior to the decision in *Ridge v. Baldwin*, it was generally accepted that *certiorari* would only be

[TRADUCTION] Les opinions dans *Ridge v. Baldwin* . . . indiquent qu'un organisme administratif peut, dans un cas approprié, être obligé de donner à une personne que touche sa décision la possibilité de faire valoir des arguments. Tout dépend de son droit ou intérêt éventuels ou, ajouterais-je, d'un espoir légitime dont il serait inéquitable de la priver sans entendre ce qu'elle a à dire. (p. 170)

Le professeur Wade, dans son ouvrage *Administrative Law* (4^e éd. 1977), a bien rendu la pertinence de cette exigence du critère dans le passage suivant:

[TRADUCTION] Cette exigence est en fait le corollaire de l'idée de pouvoir juridique, dont l'exercice touche nécessairement aux droits, au statut ou à la situation d'une personne. L'objectif premier des brefs de *certiorari* et de prohibition est d'assurer le fonctionnement de l'appareil gouvernemental dans l'intérêt public plutôt que de protéger des droits de nature privée . . . L'exigence d'une décision «qui touche aux droits» n'est donc pas un facteur limitatif; c'est plutôt une conséquence automatique de l'exercice de ce pouvoir. (pp. 541 et 542)

Lorsqu'il s'agit de cas individuels et de personnes lésées, l'on tend à oublier que l'on traite de recours de droit public qui, lorsque les tribunaux les accordent, non seulement remédient à l'injustice individuelle, mais aussi garantissent que les organismes publics qui exercent des pouvoirs touchant les citoyens respectent la compétence qui leur a été attribuée. Le *certiorari* est issu du pouvoir de surveillance qu'ont assumé les cours sur certains tribunaux pour garantir le bon fonctionnement de l'appareil gouvernemental. Donner une interprétation étroite ou formaliste aux «droits» dans un sens individuel est se méprendre sur l'objectif plus large du contrôle judiciaire de l'activité de l'administration. On devrait, selon moi, partir de la prémissse que tout organisme public qui exerce un pouvoir sur des citoyens peut être assujetti au contrôle judiciaire, l'intérêt individuel en cause n'étant qu'un des facteurs à considérer pour résoudre la question de principe générale de la nature du pouvoir de révision qu'il convient d'appliquer à un organisme administratif particulier.

L'«obligation d'agir de façon judiciaire»

Avant l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, il était généralement admis qu'un *certiorari* n'est accordé que

granted when the nature of the process by which the decision was arrived at was a judicial process or a process analogous to the judicial process: *Nakkuda Ali v. Jayaratne*¹⁸. This notion of a "super-added duty to act judicially", as a separate and independent pre-condition to the availability of natural justice, and inferentially, to recourse to *certiorari*, was unequivocally rejected by Lord Reid in *Ridge*:

If Lord Hewart meant that it is never enough that a body simply has a duty to determine what the rights of an individual should be, but that there must always be something more to impose on it a duty to act judicially before it can be found to observe the principles of natural justice, then that appears to me impossible to reconcile with the earlier authorities. (p. 75)

In the *Electricity Commissioners* case itself, Lord Reid observed, the judicial element was inferred from the nature of the power.

Perhaps the best expression of the significance of the decision in *Ridge v. Baldwin* is found in the reasons of Lord Widgery C.J. in *R. v. London Borough of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd.*¹⁹, wherein he considered the availability of *certiorari* to review the grant of a planning permission by a local authority:

Accordingly it may be that previous efforts to use *certiorari* in this field have been deterred by Atkin L.J.'s reference to its being necessary for the body affected to have the duty to act judicially. If that is so, that reason for reticence on the part of applicants was, I think, put an end to in the House of Lords in *Ridge v. Baldwin* . . . in the course of his speech Lord Reid made reference to that oft quoted dictum of Atkin L.J. and pointed out that the additional requirement of the body being under a duty to act judicially was not supported by authority. Accordingly, it seems to me now that that obstacle, if obstacle it was, has been cleared away and I can see no reason for this court holding otherwise than that there is power in appropriate cases for the use of the prerogative orders to control the activity of a local planning authority.

A flexible attitude toward the potential application of *certiorari* was furthered in another recent English case, this one in the Court of Appeal, in *R.*

lorsque le processus conduisant à la décision est de nature judiciaire ou analogue à un processus judiciaire: *Nakkuda Ali v. Jayaratne*¹⁸. Cette notion d'une «obligation supplémentaire d'agir de façon judiciaire», comme condition préalable distincte et indépendante du droit à la justice naturelle et, par conséquent, du recours en *certiorari*, a été rejetée sans équivoque par lord Reid dans *Ridge*:

[TRADUCTION] Si lord Hewart voulait dire qu'il ne suffit jamais qu'un organisme ait simplement l'obligation de décider quels doivent être les droits d'une personne, mais qu'il doit toujours y avoir quelque chose de plus qui lui impose l'obligation d'agir de façon judiciaire avant qu'on puisse exiger qu'il observe les principes de justice naturelle, cela me paraît irréconciliable avec la jurisprudence antérieure. (p. 75)

Lord Reid a fait observer que dans l'arrêt *Electricity Commissioners* lui-même, l'élément judiciaire a été déduit de la nature du pouvoir.

Le meilleur énoncé de l'importance de l'arrêt *Ridge v. Baldwin* se trouve probablement dans les motifs du lord juge en chef Widgery dans *R. v. London of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd.*¹⁹, où il a considéré la possibilité du recours au *certiorari* pour réviser un permis de construire accordé par une autorité locale:

[TRADUCTION] En conséquence, il se peut que la référence par le lord juge Atkin à la nécessité que l'organisme en question ait l'obligation d'agir de façon judiciaire ait découragé les tentatives antérieures de recourir au *certiorari* dans ce domaine. Si c'est le cas, par l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, la Chambre des lords a mis un terme à ce motif de reticence des requérants . . . dans son opinion, lord Reid a fait référence au dictum souvent cité du lord Atkin et a souligné que l'exigence additionnelle que l'organisme ait l'obligation d'agir de façon judiciaire ne trouvait pas d'appui dans la jurisprudence. En conséquence, il me semble que cet obstacle, si obstacle il y avait, a été levé et je ne vois pas pourquoi cette cour ne conclurait pas à la possibilité, dans les cas appropriés, d'utiliser les brefs de prérogative pour contrôler l'activité d'un service local d'urbanisme.

Une attitude souple à l'égard de l'application potentielle du *certiorari* a été encouragée dans un autre arrêt anglais récent de la Cour d'appel, *R. v.*

¹⁸ [1951] A.C. 66 (P.C.).

¹⁹ [1974] 2 All E.R. 643 (Q.B.D.).

¹⁸ [1951] A.C. 66 (C.P.).

¹⁹ [1974] 2 All E.R. 643 (Q.B.D.).

*v. Barnsley Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*²⁰.

In a *habeas corpus* case, *In re H.K. (an infant)*²¹, Lord Parker was of the opinion that the immigration officers who refused to admit a boy into the United Kingdom were acting in an administrative and not in a judicial or quasi-judicial capacity: nevertheless, he held they must act honestly and fairly, otherwise their decision could be questioned by *certiorari*. And in the *Liverpool Taxi Owners*' case, *supra*, Roskill L.J. spoke of the power of the courts to intervene in a suitable case when the function was administrative and not judicial or quasi-judicial:

The power of the court to intervene is not limited, as once was thought, to those cases where the function in question is judicial or quasi-judicial. The modern cases show that this court will intervene more widely than in the past. Even where the function is said to be administrative, the court will not hesitate to intervene in a suitable case if it is necessary in order to secure fairness. (p. 596)

Then there is the well-known passage in the speech of Lord Morris of Borth-y-Gest in *Furnell v. Whangarei High Schools Board*²², speaking for a Privy Council majority of three: . . . "Natural justice is but fairness writ large and juridically. It has been described as 'fair play in action'. Nor is it a leaven to be associated only with judicial or quasi-judicial occasions." (p. 679) In the same case, the penultimate paragraph from the speech of Viscount Dilhorne and Lord Reid, dissenting, reads:

It is not in this case necessary to decide whether the function of the sub-committee is to be described as judicial, quasi-judicial or administrative. I am inclined to think that it is at least quasi-judicial, but if it be administrative, it was the duty of the sub-committee before they condemned or criticised Mr. Furnell "to give him a fair opportunity of commenting or contradicting what is said against him". That they did not do. (p. 691)

*Barnsley Metropolitan Borough Council, Ex p. Hook*²⁰.

Dans une affaire d'*habeas corpus*, *In re H.K. (an infant)*²¹, lord Parker s'est dit d'avis que les agents d'immigration qui avaient refusé de laisser entrer un garçon au Royaume-Uni agissaient à titre administratif et non pas judiciaire ou quasi judiciaire: il a néanmoins conclu qu'ils devaient agir honnêtement et équitablement, autrement leur décision pouvait être contestée par voie de *certiorari*. Et voici les propos du lord juge Roskill dans l'arrêt *Liverpool Taxi Owners*, précité, au sujet du pouvoir d'intervention des cours dans un cas approprié lorsque la fonction est de nature administrative et non pas judiciaire ou quasi judiciaire:

[TRADUCTION] Le pouvoir d'intervention de la cour n'est pas limité, comme on l'a déjà cru, aux cas où la fonction en question est de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Les décisions modernes indiquent que cette cour interviendra plus largement que par le passé. Même lorsque la fonction est qualifiée d'administrative, la cour n'hésitera pas à intervenir dans un cas approprié si cela est nécessaire pour garantir l'équité. (p. 596)

Il y a également le passage bien connu de l'opinion de lord Morris of Borth-y-Gest dans *Furnell v. Whangarei High Schools Board*²², au nom d'une majorité de trois membres du Conseil privé: [TRADUCTION] . . . «la justice naturelle, c'est l'équité exprimée en termes larges et juridiques. On l'a décrite comme «la mise en pratique du franc-jeu». C'est un catalyseur dont l'action n'est pas uniquement associée au processus judiciaire ou quasi judiciaire.» (p. 679) Dans le même arrêt, l'avant-dernier alinéa de l'opinion du vicomte Dilhorne et de lord Reid, dissidents, se lit:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si la fonction du sous-comité doit être qualifiée de judiciaire, de quasi judiciaire ou d'administrative. Je tends à penser qu'elle est au moins quasi judiciaire, mais même si elle est administrative, le sous-comité avait l'obligation avant de condamner ou de blâmer M. Furnell «de lui donner une possibilité raisonnable de commenter ou de contredire ce qui est dit contre lui». Le sous-comité ne l'a manifestement pas fait. (p. 691)

²⁰ [1976] 3 All E.R. 452.

²¹ [1967] 2 Q.B. 617.

²² [1973] A.C. 660 (P.C.).

²⁰ [1976] 3 All E.R. 452.

²¹ [1967] 2 Q.B. 617.

²² [1973] A.C. 660 (C.P.).

Professor John Evans, writing in (1977) 23 McGill L.J. 132, at pp. 134-5, has noted:

Recent English decisions have severed the availability of *certiorari* and prohibition from the requirement that the body must act "judicially" in the sense that it is bound by the rules of natural justice. It may be concluded, therefore, that there is nothing in the judgment of Pigeon J. [in *Howarth*] to prevent the Trial Division from quashing decisions of a "purely administrative" nature or from developing procedural requirements derived from the "duty to act fairly".

In the view of another commentator, Professor Jones (1975) 21 McGill Law Journal 434, at p. 438:

Certainly in England and in most other parts of the Commonwealth, the requirement for judicial review that the exercise of a statutory power must not only affect the rights of a subject, but also be subject to a superadded duty to act judicially, is now thoroughly discredited. In other words, the ratio of *Nakkuda Ali v. Jayaratne* in the Privy Council—and hence, one would have thought, of *Calgary Power v. Copithorne* in the Supreme Court of Canada—is no longer good law.

The authorities to which I have referred indicate that the application of a duty of fairness with procedural content does not depend upon proof of a judicial or quasi-judicial function. Even though the function is analytically administrative, courts may intervene in a suitable case.

In the case at bar, the disciplinary board was not under either an express or implied duty to follow a judicial type of procedure, but the board was obliged to find facts affecting a subject and to exercise a form of discretion in pronouncing judgment and penalty. Moreover, the board's decision had the effect of depriving an individual of his liberty by committing him to a "prison within a prison". In these circumstances, elementary justice requires some procedural protection. The rule of law must run within penitentiary walls.

In my opinion, *certiorari* avails as a remedy wherever a public body has power to decide any

Le professeur John Evans, dans un article du (1977) 23 McGill L.J. 132, a noté aux pp. 134 et 135:

[TRADUCTION] Des décisions anglaises récentes ont affranchi le droit aux brefs de *certiorari* et de prohibition de l'exigence que l'organisme agisse «de façon judiciaire» en ce sens qu'il soit lié par les règles de justice naturelle. On peut donc conclure que rien dans les motifs du juge Pigeon [dans *Howarth*] n'empêche la Division de première instance d'annuler des décisions d'une nature «purement administrative» ou d'élaborer des exigences de procédure dérivées de «l'obligation d'agir équitablement».

Selon un autre commentateur, le professeur Jones (1975) 21 McGill Law Journal 434, à la p. 438:

[TRADUCTION] Certainement en Angleterre et dans la plupart des autres pays du Commonwealth, la condition préalable du contrôle judiciaire, savoir que l'exercice d'un pouvoir juridique doit non seulement toucher aux droits d'une personne mais aussi être assujetti à une obligation supplémentaire d'agir de façon judiciaire est maintenant totalement discreditée. En d'autres mots, la règle de l'arrêt *Nakkuda Ali v. Jayaratne* du Conseil privé—and, en conséquence, semble-t-il, de l'arrêt *Calgary Power c. Copithorne* de la Cour suprême du Canada—n'énonce plus l'état du droit.

Les sources que j'ai mentionnées indiquent que l'application d'une obligation d'agir équitablement assortie d'un contenu procédural ne dépend pas de la preuve d'une fonction judiciaire ou quasi judiciaire. Même lorsque la fonction s'avère administrative à l'analyse, les cours peuvent intervenir dans un cas approprié.

En l'espèce, le comité de discipline n'était ni expressément ni implicitement tenu de suivre une procédure de nature judiciaire, mais en rendant sa décision et en imposant la peine, il devait constater des faits touchant un citoyen et exercer un certain pouvoir discrétionnaire. De plus, la décision du comité avait pour effet de priver une personne de sa liberté en l'incarcérant dans une «prison au sein d'une prison». Dans ces circonstances, la justice élémentaire exige une certaine protection dans la procédure. Le principe de la légalité doit régner à l'intérieur des murs d'un pénitencier.

A mon avis, on peut recourir au *certiorari* chaque fois qu'un organisme public a le pouvoir de

matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person.

VIII

“Fairness”

The approach taken to the “fairness” doctrine by the Court in *Nicholson v. Halldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, supra*, notably its differentiation from traditional natural justice, permits one to dispense with classification as a precondition to the availability of *certiorari*. Conceptually, there is much to be said against such a differentiation between traditional natural justice and procedural fairness, but if one is forced to cast judicial review in traditional classification terms, as is the case under the *Federal Court Act*, there can be no doubt that procedural fairness extends well beyond the realm of the judicial and quasi-judicial, as commonly understood.

Once one moves from the strictures of s. 28 of the *Federal Court Act*, the judgment in *Nicholson* permits departure from the rigidity of classification of functions for the purposes of procedural safeguards. In finding that a duty of fairness rested upon the Police Commissioners in a dismissal case, Chief Justice Laskin, speaking for a majority of the Court, employed the English fairness cases to import that duty. While the cases were there used to establish minimal protection for the constable under *The Judicial Review Procedure Act*, 1971 (Ont.), c. 48, the same cases have been employed in England to extend the reach of *certiorari* to decisions not strictly judicial or quasi-judicial. After referring to the emergence of a notion of fairness “involving something less than the procedural protection of traditional natural justice”, the Chief Justice had this to say:

What rightly lies behind this emergence is the realization that the classification of statutory functions as judicial, quasi-judicial or administrative is often very difficult, to say the least; and to endow some with procedural protection while denying others any at all would work injustice when the results of statutory decisions raise the same serious consequences for those

trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, priviléges ou libertés d'une personne.

VIII

L’«équité»

La façon d’aborder la doctrine d’«équité» adoptée par la Cour dans *Nicholson c. Halldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, précité, notamment en la distinguant de la justice naturelle traditionnelle, permet de se dispenser de la classification comme condition préalable au recours en *certiorari*. Sur le plan des concepts, les arguments contre pareille distinction entre la justice naturelle traditionnelle et l’équité dans la procédure ne manquent pas, mais s’il faut placer le contrôle judiciaire dans la classification traditionnelle, comme l’exige la *Loi sur la Cour fédérale*, il ne peut y avoir de doute que l’équité dans la procédure s’étend bien au-delà du domaine du judiciaire et du quasi judiciaire, dans leur sens habituel.

Lorsqu’on s’éloigne des restrictions de l’art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l’arrêt *Nicholson* permet de s’écarter de la classification rigide des fonctions aux fins des garanties offertes par la procédure. En concluant que les services de police avaient l’obligation d’agir équitablement dans un cas de renvoi, le juge en chef Laskin, exprimant l’opinion majoritaire, a utilisé les arrêts anglais sur l’équité pour introduire cette obligation. Alors que ces arrêts y ont été utilisés pour accorder un minimum de protection à un agent de police en vertu de *The Judicial Review Procedure Act*, 1971 (Ont.) chap. 48, ils l’ont été, en Angleterre, pour étendre la portée du *certiorari* à des décisions qui ne sont pas strictement judiciaires ou quasi judiciaires. Après avoir fait référence à l’apparition d’une notion d’équité «moins exigeante que la protection procédurale de la justice naturelle traditionnelle», le Juge en chef a dit:

L’apparition de cette notion résulte de la constatation qu’il est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi judiciaire ou administrative; de plus il serait injuste de protéger certains au moyen de la procédure tout en la refusant complètement à d’autres lorsque l’application des décisions prises en vertu de la loi

adversely affected, regardless of the classification of the function in question: see, generally, Mullan, *Fairness: The New Natural Justice* (1975), 25 Univ. of Tor. L.J. 281. (p. 325)

The Chief Justice also quoted a passage from Lord Denning's judgment in *Selvarajan v. Race Relations Board*²³, in which the Master of the Rolls summed up his earlier decisions and formulated the "fundamental rule":

that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. (p. 19)

Of particular interest in the passage is the absence of reference to "rights". The imprecise "rights/privileges" dichotomy is utterly ignored.

IX

One matter remains—the so-called "disciplinary exception". There are authorities (see *R. v. Army Council; Ex p. Ravenscroft*²⁴; *Dawkins v. Lord Rokeby*²⁵; *Re Armstrong and Whitehead*²⁶) which hold that review by way of *certiorari* does not go to a body such as the armed services, police, or firemen, with its own form of private discipline and its own rules. Relying on this analogy, it is contended that disciplinary powers are beyond judicial control and that this extends to prison discipline. I do not agree.

In *Fraser v. Mudge*²⁷, it was held that the English *Prison Act* 1952, requiring the Home Secretary to give an inmate charged with an offence a proper opportunity of presenting his case, did not entitle the inmate to legal representation at the hearing, but Lord Denning M.R. observed that those who heard the case had the duty to act fairly. Judicial review was not

entraînent les mêmes conséquences graves pour les personnes visées, quelle que soit la catégorie de la fonction en question. Voir Mullan, *Fairness: The New Natural Justice* (1975), 25 Univ. of Tor. L.J. 281. (p. 325)

Le Juge en chef a aussi cité un extrait des motifs de lord Denning dans *Selvarajan v. Race Relations Board*²³, dans lequel le Maître des rôles a résumé ses décisions antérieures et a formulé la «règle fondamentale»:

[TRADUCTION] que dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. (p. 19)

Il est particulièrement intéressant de noter l'absence dans ce passage de référence à des «droits». On y fait totalement abstraction de la dichotomie imprécise «droits/priviléges».

IX

Il reste une question, ce qu'on appelle l'«exception disciplinaire». Selon une certaine jurisprudence (voir *R. v. Army Council, Ex p. Ravenscroft*²⁴; *Dawkins v. Lord Rokeby*²⁵; *Re Armstrong and Whitehead*²⁶) on ne peut réviser par voie de *certiorari* les décisions d'organismes comme les forces armées, les services de police ou les pompiers, qui ont leur propre forme de discipline interne et leurs propres règles. Par analogie, on prétend que les pouvoirs disciplinaires échappent au contrôle judiciaire et que cela s'étend à la discipline carcérale. Je ne suis pas de cet avis.

Dans *Fraser v. Mudge*²⁷, il a été décidé que la *Prison Act* anglaise de 1952, qui exige que le ministre de l'Intérieur accorde à un détenu inculpé d'une infraction une possibilité raisonnable de faire valoir sa défense, ne donnait pas à ce détenu le droit d'être représenté par avocat à l'instruction, mais le Maître des rôles, lord Denning, a fait observer que ceux qui avaient entendu l'affaire

²³ [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.).

²⁴ [1917] 2 K.B. 504.

²⁵ L.R. 8 Q.B. 255.

²⁶ [1973] 2 O.R. 495.

²⁷ [1975] 3 All E.R. 78 (C.A.).

²³ [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.).

²⁴ [1917] 2 K.B. 504.

²⁵ L.R. 8 Q.B. 255.

²⁶ [1973] 2 O.R. 495.

²⁷ [1975] 3 All E.R. 78 (C.A.).

precluded.

There is the more recent case of *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain, supra*. The central issue in that case was whether *certiorari* would go to quash a disciplinary decision of a board of visitors, the duties of which embraced inquiry into charges against inmates. The Divisional Court found that disciplinary procedures within the prison were judicial but invoked the "disciplinary exception", and held that the actions of the board of visitors were not amenable to the review by way of *certiorari*. A unanimous Court of Appeal disagreed, however, holding that adjudication by boards of visitors in prisons were, indeed, amenable to *certiorari*. The Court rejected the submission that prisoners have no legally enforceable rights. Megaw L.J. concluded that the observance of procedural fairness in prisons is properly a subject for review. Shaw L.J. held that despite deprivation of his general liberty a prisoner remains invested with residuary rights appertaining to the nature and conduct of his incarceration. Waller L.J. accepted the proposition of Lord Reid in *Ridge v. Baldwin* that deprivation of rights or privileges are equally important and applied that proposition to the context of prison discipline.

avaient l'obligation d'agir équitablement. Le contrôle judiciaire n'était pas exclu.

Dans l'arrêt plus récent *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*, précité, la question principale était de savoir si l'on pouvait avoir recours au *certiorari* pour annuler une décision disciplinaire d'un comité de visiteurs, dont les obligations comprenaient celle d'enquêter sur les accusations portées contre des détenus. La Cour divisionnaire a conclu que les procédures disciplinaires à l'intérieur de la prison étaient de nature judiciaire, mais, invoquant «l'exception disciplinaire», elle a décidé que les actes d'un comité de visiteurs ne sont pas susceptibles de révision par voie de *certiorari*. Unanimement en désaccord, la Cour d'appel a statué que les décisions des comités de visiteurs dans les prisons pouvaient effectivement faire l'objet d'un *certiorari*. Elle a rejeté l'argument que les prisonniers n'avaient aucun droit à faire valoir en justice. Le lord juge Megaw a conclu que le respect de l'équité dans la procédure au sein des prisons peut à bon droit faire l'objet d'une révision. Le lord juge Shaw a décidé qu'un prisonnier, bien que privé de sa liberté habituelle, demeure investi de droits résiduaires relatifs à la nature et au soin de son incarcération. Le lord juge Waller a accepté l'énoncé de lord Reid dans *Ridge v. Baldwin* que la privation de droits ou celle de priviléges sont d'une importance égale, et l'a appliqué au contexte de la discipline carcérale.

Another case of interest is *Daemar v. Hall*²⁸, a decision of the New Zealand Supreme Court, relied upon by the Court of Appeal in *Hull Prison*. Daemar had been tried by a visiting justice, and sentenced to four days' loss of remission. It was argued that the decision was not subject to judicial review under the *Judicature Amendment Act* 1972, as *certiorari* would not lie to such a disciplinary decision. McMullin J. reviewed the authorities at length, including the Canadian decisions of *The Queen and Archer v. White*²⁹; *Martineau* (No. 1), and *Regina v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex. p.*

Une autre affaire intéressante est *Daemar v. Hall*²⁸, décision de la Cour suprême de Nouvelle-Zélande, sur laquelle s'est appuyée la Cour d'appel dans *Hull Prison*. Daemar avait été jugé par un juge visiteur et condamné à perdre quatre jours de réduction de peine. On a plaidé que la décision n'était pas soumise au contrôle judiciaire en vertu de la *Judicature Amendment Act* 1972, puisque pareille décision disciplinaire ne pouvait faire l'objet d'un *certiorari*. Le juge McMullin a fait un examen exhaustif de la jurisprudence, y compris des arrêts canadiens *La Reine et Archer c. White*²⁹; *Martineau* (n° 1), et *Regina v. Institutio-*

²⁸ [1978] 2 N.Z.L.R. 594.

²⁹ [1956] S.C.R. 154.

²⁸ [1978] 2 N.Z.L.R. 594.

²⁹ [1956] R.C.S. 154.

*McCaud*³⁰. McMullin J. exercised his discretion in favour of the prisoner, commenting that the loss of four days' remission was not a "trifle", but "tantamount to the imposition of an extra four days imprisonment at the end of a sentence". As in *Hull Prison*, this decision is based upon a finding that the visiting justice was acting in a judicial capacity and that the Regulations were a procedural code, any breach of which constituted a breach of natural justice in the circumstances. Both of these conclusions are foreclosed in the case at bar by the decision in *Martineau* (No. 1). *Hull Prison* and *Daemar* are important, however, as supporting the view that there is no domestic "discipline" exception to the scope of *certiorari*.

The case of *The Queen and Archer v. White, supra*, must also be noted. White, a constable, was convicted by Archer, a police superintendent, of four disciplinary charges laid under s. 30 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1952, c. 241. He applied for *certiorari*. The trial judge denied the writ. He was reversed on appeal. The decision of the Court of Appeal for British Columbia was reversed in this Court. Rand J., delivering judgment on the part of four members of the Court, likened the Force to the Army, saying:

From the beginning it has been stamped with characteristics of the Army; the mode of organization, its barrack life, the uniform, address and bearing of the members, *esprit de corps* and discipline. (p. 158)

He then referred to the engagement for a term of service not exceeding five years upon which one entered on becoming a member of the Force. Parenthetically, this notion of contractual commitment to rules of internal discipline, a sort of *volens*, is sometimes advanced in support of the argument for a disciplinary exception. Whatever may be the force of that argument in other contexts, it is wholly inapplicable in a prison environment.

³⁰ [1969] 1 C.C.C. 371.

*nal Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. McCaud*³⁰. Il a exercé son pouvoir discrétaire en faveur du détenu, faisant remarquer que la perte de quatre jours de réduction de peine n'était pas une [TRADUCTION] «bagatelle» mais [TRADUCTION] «équivaleait à l'imposition de quatre jours supplémentaires d'emprisonnement à l'expiration d'une sentence». Comme dans l'arrêt *Hull Prison*, cette décision se fonde sur la conclusion que le juge visiteur exerce une fonction judiciaire et que les règlements constituent un code de procédure, dont toute violation constitue une violation de la justice naturelle dans les circonstances. En l'espèce, l'arrêt *Martineau* (n° 1) exclut ces deux conclusions. Cependant les décisions *Hull Prison* et *Daemar* sont importantes en ce qu'elles appuient l'opinion que l'exception de «discipline» interne ne limite pas le champ du *certiorari*.

Il faut aussi noter l'arrêt *La Reine et Archer c. White*, précité. Archer, un surintendant de la Gendarmerie, a trouvé White, un agent, coupable de quatre infractions disciplinaires portées en vertu de l'art. 30 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1952, chap. 241. Ce dernier a demandé un *certiorari*. Le juge de première instance le lui a refusé. Sa décision a été infirmée en appel. L'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été infirmé par cette Cour. Le juge Rand, rendant jugement au nom de quatre membres de la Cour, a comparé la Gendarmerie à l'Armée:

[TRADUCTION] Dès le départ, elle a été marquée de caractéristiques de l'Armée: le type d'organisation, la vie de caserne, l'uniforme, la tenue et la conduite de ses membres, son esprit de corps et sa discipline. (p. 158)

Il a ensuite fait mention de l'engagement pour une période n'excédant pas cinq ans contracté en devenant membre de la Gendarmerie. Entre parenthèses, on fait parfois valoir cette notion d'un engagement contractuel de respecter les règles de discipline interne, une espèce de *volens*, à l'appui de l'argument en faveur d'une exception disciplinaire. Quel que puisse être le poids de cet argument dans d'autres contextes, il est totalement inapplicable dans le milieu carcéral.

³⁰ [1969] 1 C.C.C. 371.

The Federal Court of Appeal in *Martineau* (No. 1) relied upon *The Queen and Archer v. White* in holding that "disciplinary decisions" were not amenable to review by way of s. 28 application. There can be no doubt that all members of this Court in *The Queen and Archer v. White* held that, in the circumstances, *certiorari* would not lie to the domestic disciplinary decision of the R.C.M.P. superintendent. As I read the case, however, Rand J. does not rule out the possibility of *certiorari* in a suitable case. He regarded the internal code as *prima facie* the exclusive means by which discipline would be enforced, but in the passage quoted hereunder he appears to have recognized three exceptions: (i) where the powers are abused to such a degree as to put action beyond the purview of the statute, (ii) the action is itself unauthorized, or (iii) the proceedings infringe those underlying principles of judicial process deemed annexed to legislation unless excluded by its implications. Natural justice and fairness are principles of judicial process deemed by the common law to be annexed to legislation, with a view to bringing statutory provisions into conformity with the common law requirements of justice. The passage to which I refer reads as follows:

Parliament has specified the punishable breaches of discipline and has equipped the Force with its own courts for dealing with them and it needs no amplification to demonstrate the object of that investment. Such a code is *prima facie* to be looked upon as being the exclusive means by which this particular purpose is to be attained. Unless, therefore, the powers given are abused to such a degree as puts action taken beyond the purview of the statute or unless the action is itself unauthorized, that internal management is not to be interfered with by any superior court in exercise of its long established supervisory jurisdiction over inferior tribunals. The question, therefore, is whether or not in the application made before Wood J., including the materials furnished by affidavit, anything has been alleged and supported by evidence to show that the proceedings infringed or were outside the authority of either the statute or those underlying principles of judicial process to be deemed annexed to legislation unless excluded by its implications. (p. 159)

Dans *Martineau* (n° 1), la Cour d'appel fédérale s'est appuyée sur *La Reine et Archer c. White* pour décider que les «décisions disciplinaires» ne pouvaient faire l'objet d'un examen par voie d'une demande en vertu de l'art. 28. Il ne fait aucun doute que tous les membres de cette Cour dans *La Reine et Archer c. White* ont décidé que, dans les circonstances, une décision disciplinaire interne du surintendant de la G.R.C. ne donnait pas ouverture au *certiorari*. Cependant, selon mon interprétation de cet arrêt, le juge Rand n'excluait pas la possibilité du recours au *certiorari* dans un cas approprié. Il a considéré que le code interne constituait à première vue l'unique moyen par lequel la discipline était sanctionnée, mais dans l'extrait cité ci-après, il paraît avoir reconnu trois exceptions: (i) lorsqu'il y a un abus de pouvoir tel qu'il situerait l'acte en dehors des limites de la loi, (ii) l'acte lui-même n'est pas autorisé ou (iii) les procédures violent les principes sous-jacents du processus judiciaire réputés annexés à la loi à moins d'en être exclus par ses implications. La justice naturelle et l'équité sont des principes du processus judiciaire que la *common law* considère comme annexés à la loi, afin de rendre les dispositions légales conformes aux exigences de justice de la *common law*. Le passage auquel je fais référence se lit comme suit:

[TRADUCTION] Le Parlement a énumérée les entorses à la discipline qui entraînent une sanction et, afin de permettre à la Gendarmerie d'y faire face, il l'a dotée de ses propres tribunaux. Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur les raisons qui justifient cette façon de faire. Prima facie, il convient de considérer un pareil code comme l'unique moyen prévu pour atteindre ce but donné. Ainsi, en l'absence d'un abus de pouvoir tel qu'il situerait l'acte en dehors des limites de la loi et dans la mesure où l'acte est autorisé, il n'appartient pas à une cour supérieure, dans l'exercice d'une compétence depuis longtemps établie relative à la surveillance des tribunaux inférieurs, d'intervenir dans la conduite des affaires internes d'un tel organisme. En conséquence, la question est de savoir s'il a été allégué quoi que ce soit, qui soit appuyé par la preuve, dans la demande soumise au juge Wood, y compris les documents produits par affidavit, qui indique que les procédures violaient les principes sous-jacents au processus judiciaire réputés annexés à la loi à moins d'en être exclus par ses implications, ou qu'elles exédaient le pouvoir conféré par la loi. (p. 159)

The Supreme Court of the United States in *Wolff v. McDonnell*³¹, was called upon to consider what "due process", assured by the Fourteenth Amendment of the American Constitution, required in a prison setting. The Court, speaking through Mr. Justice White, held that where the prisoner was in peril of losing good time, or being placed in solitary confinement, he was entitled to written notice of the charge and a statement of fact findings and to call witnesses and present documentary evidence where it would not be unduly hazardous to institutional safety or correctional goals. However, there was no constitutional right to confront and cross-examine witnesses or to counsel.

It seems clear that although the courts will not readily interfere in the exercise of disciplinary powers, whether within the armed services, the police force or the penitentiary, there is no rule of law which necessarily exempts the exercise of such disciplinary powers from review by *certiorari*.

X

The authorities, in my view, support the following conclusions:

1. *Certiorari* is available as a general remedy for supervision of the machinery of government decision-making. The order may go to any public body with power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberty of any person. The basis for the broad reach of this remedy is the general duty of fairness resting on all public decision-makers.

2. A purely ministerial decision, on broad grounds of public policy, will typically afford the individual no procedural protection, and any attack upon such a decision will have to be founded upon abuse of discretion. Similarly, public bodies exercising legislative functions may not be amenable to judicial supervision. On the other hand, a function that approaches the judicial end

La Cour suprême des États-Unis, dans *Wolff v. McDonnell*³¹, devait décider ce qu'exigeait «l'application régulière de la loi» garantie par le Quatorzième Amendement de la Constitution américaine, dans le milieu carcéral. La Cour, s'exprimant par l'intermédiaire du juge White, a statué que lorsqu'un détenu était menacé de perdre une réduction de peine ou d'être placé en isolement, il avait le droit de recevoir un avis écrit de l'accusation et un exposé des conclusions de fait, ainsi que le droit de citer des témoins et de produire une preuve documentaire lorsque cela ne risquait pas de mettre indûment en péril la sécurité de l'institution ou les objectifs correctionnels. Cependant, il n'y avait aucun droit constitutionnel de confronter ou de contre-interroger les témoins ni d'être représenté par un avocat.

Il semble clair que bien que les cours n'interviennent pas volontiers dans l'exercice de pouvoirs disciplinaires, que ce soit au sein des forces armées, des services de police ou d'un pénitencier, il n'y a aucune règle de droit qui exempte nécessairement l'exercice de ces pouvoirs disciplinaires d'un examen par *certiorari*.

X

La jurisprudence, à mon avis, appuie les conclusions suivantes:

1. Le *certiorari* peut servir de recours général pour la surveillance de l'appareil décisionnel gouvernemental. Tout organisme public qui a le pouvoir de trancher une question qui touche les droits, intérêts, biens, priviléges ou liberté d'une personne peut en faire l'objet. La vaste portée de ce recours se fonde sur l'obligation générale d'agir avec équité qui incombe à toutes les instances décisionnelles publiques.

2. Une décision purement administrative, fondée sur des motifs généraux d'ordre public, n'accordera normalement aucune protection procédurale à l'individu, et une contestation de pareille décision devra se fonder sur un abus de pouvoir discrétionnaire. De même, on ne pourra soumettre à la surveillance judiciaire les organismes publics qui exercent des fonctions de nature législative.

³¹ 418 U.S. 539 (1974).

³¹ 418 U.S. 539 (1974).

of the spectrum will entail substantial procedural safeguards. Between the judicial decisions and those which are discretionary and policy-oriented will be found a myriad decision-making processes with a flexible gradation of procedural fairness through the administrative spectrum. That is what emerges from the decision of this Court in *Nicholson*. In these cases, an applicant may obtain *certiorari* to enforce a breach of the duty of procedural fairness.

3. Section 28 of the *Federal Court Act*, that statutory right of review compels continuance of the classification process in the Federal Court of Appeal, with clear outer limits imposed on the notion of "judicial or quasi-judicial". No such limitation is imported in the language of s. 18, which simply refers to *certiorari*, and is therefore capable of expansion consistent with the movement of the common law away from rigidity in respect of the prerogative writs. The fact that a decision-maker does not have a duty to act judicially, with observance of formal procedure which that characterization entails, does not mean that there may not be a duty to act fairly which involves importing something less than the full panoply of conventional natural justice rules. In general, courts ought not to seek to distinguish between the two concepts, for the drawing of a distinction between a duty to act fairly, and a duty to act in accordance with the rules of natural justice, yields an unwieldy conceptual framework. The *Federal Court Act*, however, compels classification for review of federal decision-makers.

4. An inmate disciplinary board is not a court. It is a tribunal which has to decide rights after hearing evidence. Even though the board is not obliged, in discharging what is essentially an administrative task, to conduct a judicial proceeding, observing the procedural and evidential rules of a court of law, it is, nonetheless, subject to a duty of fairness and a person aggrieved through breach of that duty is entitled to seek relief from

D'autre part, une fonction qui se situe à l'extrême judiciaire du spectre comportera des garanties procédurales importantes. Entre les décisions de nature judiciaire et celles qui sont de nature discrétionnaire et en fonction d'une politique, on trouve une myriade de processus décisionnels comportant un élément d'équité dans la procédure dont l'intensité variera selon sa situation dans le spectre administratif. C'est ce qui ressort de l'arrêt de cette Cour dans *Nicholson*. Dans ces cas, un requérant peut obtenir un *certiorari* pour faire sanctionner une violation de l'obligation d'agir équitablement dans l'application de la procédure.

3. L'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*: ce droit d'examen créé par la loi force à conserver, en Cour d'appel fédérale, le processus de classification, assorti des limites extérieures claires imposées à la notion de «judiciaire ou quasi judiciaire». Le texte de l'art. 18, qui mentionne simplement le *certiorari*, ne comporte aucune restriction de cette nature et peut donc prendre de l'extension au gré de l'évolution de la *common law* dans le sens d'une souplesse accrue à l'égard des brefs de prérogative. Le fait qu'une instance décisionnelle n'ait pas l'obligation d'agir de façon judiciaire, avec le respect de la procédure formelle que cette catégorie implique, ne signifie pas qu'il ne puisse exister une obligation d'agir équitablement, moins exigeante que la panoplie complète des règles de justice naturelle traditionnelle. En général, les cours ne devraient pas tenter de distinguer ces concepts l'un de l'autre, car tracer une distinction entre une obligation d'agir équitablement et celle d'agir selon les règles de justice naturelle conduit à un cadre conceptuel de maniement difficile. La *Loi sur la Cour fédérale*, cependant, nous oblige à conserver la classification pour les fins d'examen des décisions des instances fédérales.

4. Un comité de discipline des détenus n'est pas une cour. C'est un tribunal qui doit déterminer des droits après audition de la preuve. Même s'il n'est pas obligé, dans l'exécution de ce qui est essentiellement une tâche administrative, de tenir un procès de nature judiciaire, respectant les règles de procédure et de preuve d'une cour, le comité est néanmoins soumis à une obligation d'agir équitablement et une personne lésée par une violation de

the Federal Court, Trial Division, on an application for *certiorari*.

5. It should be emphasized that it is not every breach of prison rules of procedure which will bring intervention by the courts. The very nature of a prison institution requires officers to make "on the spot" disciplinary decisions and the power of judicial review must be exercised with restraint. Interference will not be justified in the case of trivial or merely technical incidents. The question is not whether there has been a breach of the prison rules, but whether there has been a breach of the duty to act fairly in all the circumstances. The rules are of some importance in determining this latter question, as an indication of the views of prison authorities as to the degree of procedural protection to be extended to inmates.

6. A widening of the ambit of *certiorari* beyond that of a s. 28 application will undoubtedly, at times, present a problem in determining whether to commence proceedings in the Court of Appeal or in the Trial Division. However, the quandary of two possible forums is not less regrettable than complete lack of access to the Federal Court.

7. It is wrong, in my view, to regard natural justice and fairness as distinct and separate standards and to seek to define the procedural content of each. In *Nicholson*, the Chief Justice spoke of a "... notion of fairness involving something less than the procedural protection of the traditional natural justice". Fairness involves compliance with only some of the principles of natural justice. Professor de Smith (3rd ed. 1973, p. 208) expressed lucidly the concept of a duty to act fairly:

In general it means a duty to observe the rudiments of natural justice for a limited purpose in the exercise of functions that are not analytically judicial but administrative.

The content of the principles of natural justice and fairness in application to the individual cases will vary according to the circumstances of each case, as recognized by Tucker L. J. in *Russell v.*

cette obligation a le droit de demander un redressement à la Division de première instance de la Cour fédérale, par voie de *certiorari*.

5. Il faut souligner que les cours n'interviendront pas dans tous les cas de violation des règles de procédure carcérale. La nature même d'un établissement carcéral requiert que des décisions soient prises «sur-le-champ» par les fonctionnaires et le contrôle judiciaire doit être exercé avec retenue. Une intervention ne sera pas justifiée dans le cas d'incidents triviaux ou purement théoriques. Il ne s'agit pas de savoir s'il y a eu une violation des règles carcérales, mais plutôt s'il y a eu une violation de l'obligation d'agir équitablement compte tenu de toutes les circonstances. Les règles ont leur importance pour répondre à cette question: elles révèlent le degré de protection procédurale dont doivent jouir les détenus, de l'avis des autorités carcérales.

6. Un élargissement de la portée du *certiorari* au-delà de celle d'une demande présentée en vertu de l'art. 28 posera inévitablement, à l'occasion, le problème de décider s'il faut intenter des procédures en Cour d'appel ou en Division de première instance. Cependant, la difficulté du choix entre deux forums n'est pas moins regrettable que l'absence totale d'accès à la Cour fédérale.

7. A mon avis, il est erroné de considérer la justice naturelle et l'équité comme des normes distinctes et séparées et de chercher à définir le contenu procédural de chacune. Dans *Nicholson*, le juge en chef a parlé d'une «notion d'équité, moins exigeante que la protection procédurale de la justice naturelle traditionnelle». L'équité ne comporte le respect que de certains principes de justice naturelle. Le professeur de Smith (3^e éd. 1973, p. 208) a lucidement exprimé le concept d'une obligation d'agir équitablement:

[TRADUCTION] Cela signifie en général l'obligation de respecter les principes élémentaires de justice naturelle à une fin limitée, dans l'exercice de fonctions qui, à l'analyse, ne sont pas judiciaires mais administratives.

Le contenu des principes de justice naturelle et d'équité applicables aux cas individuels variera selon les circonstances de chaque cas, comme l'a reconnu le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke*

*Duke of Norfolk*³², at p. 118.

8. In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and with fairness.

XI

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and restore the judgment of Mr. Justice Mahoney of the Federal Court, Trial Division. There should be no costs in this Court nor in the Federal Court of Appeal.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ. was delivered by

PIGEON J.—For a disciplinary offence dealt with as “flagrant or serious”, the appellant was sentenced to fifteen days in the special corrections unit of the institution in which he is held pursuant to the *Penitentiary Act*. He made applications to the Federal Court for *certiorari* in the Trial Division and for judicial review under s. 28 of the *Federal Court Act* before the Court of Appeal. This application was dealt with first while the other was kept pending. It was dismissed by the Federal Court of Appeal³³ and this dismissal was affirmed by a majority in this court³⁴.

In view of the wording of s. 28, the affirmation of the denial of judicial review means that it was determined that the disciplinary sentence in question was “a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis”. The reasons of the majority, except one judge who agreed with the reasons of the Court of Appeal, show that, in their view, the “Directives” governing the procedure for

*of Norfolk*³², à la p. 118.

8. En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l'égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c'est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l'équité.

XI

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du juge Mahoney en Division de première instance de la Cour fédérale. Il n'y aura aucune adjudication de dépens en cette Cour ni en Cour d'appel fédérale.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz, Estez et Pratte rendu par

LE JUGE PIGEON—Pour une infraction à la discipline considérée «flagrante ou grave», l'appellant a été condamné à passer quinze jours à l'unité spéciale de correction dans l'institution où il était détenu conformément à la *Loi sur les pénitenciers*. Il a présenté une demande de *certiorari* à la Division de première instance de la Cour fédérale et, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une demande d'examen à la Cour d'appel. Cette dernière demande a été étudiée en premier lieu pendant que l'autre était suspendue. La Cour d'appel fédérale l'a rejetée³³ et cette Cour a confirmé ce rejet à la majorité³⁴.

Vu le texte de l'art. 28, la confirmation du rejet de la demande d'examen judiciaire signifie qu'on a décidé que la sentence disciplinaire en question était «une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Il ressort des motifs de la majorité, à l'exception d'un juge qui s'est dit d'accord avec les motifs de la Cour d'appel, qu'à son avis, les «Directives» régissant la

³² [1949] 1 All E.R. 109.

³³ [1976] 2 F.C. 198.

³⁴ [1978] 1 S.C.R. 118.

³² [1949] 1 All E.R. 109.

³³ [1976] 2 C.F. 198.

³⁴ [1978] 1 R.C.S. 118.

dealing with disciplinary offences were considered to be administrative directions rather than "law", although the Regulations defining disciplinary offences and specifying the penalties that may be inflicted by the penitentiary authorities were in the nature of law.

After the judgment of this Court proceedings were resumed on the application for *certiorari* in the Trial Division. The parties appeared before Mahoney J. who issued an Order that the Court had jurisdiction³⁵. At the outset of his reasons, he said (at p. 313):

By agreement, this is deemed to be an application by the applicant, Robert Thomas Martineau, under Rule 474 of the Rules of this Court for a preliminary determination of a question of law: namely, whether or not the Federal Court of Canada, Trial Division, has jurisdiction to grant relief by way of *certiorari* in the circumstances.

Having quoted s. 18 of the *Federal Court Act*, subss. 29(1) and (2) of the *Penitentiary Act* and relevant parts of ss. 2.28 and 2.29 of the Penitentiary Service Regulations, he went on to say (at pp. 315-317):

I take it that the jurisdiction to grant the relief sought depends upon the material in support of the application disclosing that some right of the applicant has been abridged or denied. A punishment consisting only of a "loss of privileges" would not, by definition, involve a denial or abridgement of any right. The liability to forfeiture of statutory remission when an inmate "is convicted in disciplinary court of any disciplinary offence" is expressly provided by subsection 22(3) of the Act. The liability to dissociation as punishment depends entirely on the regulation made by authority of section 29 of the Act. With respect to that authority, it was not argued that subsection 29(2) of the Act is to be construed as not authorizing the inclusion of a penalty for its violation in a regulation made under paragraph 29(1)(b) and that, therefore, regulations made by authority of paragraph 29(1)(b) are not "law".

procédure à suivre à l'égard d'infractions à la discipline sont des instructions de nature administrative plutôt qu'une «loi», bien que les règlements qui définissent les infractions à la discipline et précisent les peines qui peuvent être imposées par les autorités du pénitencier soient de la nature d'une loi.

Après l'arrêt de cette Cour, les procédures ont repris sur la demande de *certiorari* en Division de première instance. Les parties ont comparu devant le juge Mahoney qui a rendu une ordonnance portant que la Cour avait compétence³⁵. Au début de ses motifs, il a dit (à la p. 313):

De l'accord des parties, la présente action est censée être une demande du requérant, Robert Thomas Martineau, introduite en vertu de la Règle 474 de cette cour, en vue d'obtenir une décision préliminaire sur une question de droit, à savoir si la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada est compétente pour accorder en l'espèce, un redressement par voie de *certiorari*.

Après avoir cité l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, les par. 29(1) et (2) de la *Loi sur les pénitenciers* et les passages pertinents des par. 2.28 et 2.29 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, il a poursuivi (aux pp. 315 à 317):

Je suppose que la compétence pour accorder le redressement demandé dépend de la documentation présentée à l'appui de la requête, qui révèlerait qu'un droit du requérant a été limité ou refusé. Une peine consistant uniquement en une «perte de priviléges» n'impliquerait pas, par définition, la suppression ou la limitation d'un droit quelconque. La sanction de déchéance de son droit à la réduction statutaire de peine quand un détenu «est déclaré coupable devant un tribunal disciplinaire d'une infraction à la discipline», est expressément édictée par le paragraphe 22(3) de la Loi. La peine consistant en une interdiction de se joindre aux autres dépend entièrement du règlement promulgué en vertu des pouvoirs résultant de l'article 29 de la Loi. En ce qui concerne ces pouvoirs, on n'a pas prétendu que le paragraphe 29(2) de la Loi devait être interprété comme n'autorisant pas l'inclusion d'une sanction pour sa violation dans un règlement prescrit en vertu de l'alinéa 29(1)b) et que, par conséquent, des règlements prescrits en vertu de cet alinéa ne constituaient pas une «loi».

³⁵ [1978] 1 F.C. 312.

³⁵ [1978] 1 C.F. 312.

The disciplinary offences of which the appellant was convicted were created by law. The punishment imposed was authorized by law. The law required that, as a precondition to the imposition of the punishment, he be "convicted" of the offence. I am mindful of, and accept, the caveat of Chief Justice Jackett not to place too much significance on the fact that the phraseology of criminal proceedings is imported into the regulations. Nevertheless, it is manifest that the law envisages some process by which an inmate is to be determined to have committed a disciplinary offence, prescribed by law, as a condition precedent to the imposition of a punishment, also prescribed by law. The law, the statute and regulations which prescribe both offence and punishment, is silent as to the process.

Finally, after quoting from the reasons of the majority in *Howarth v. National Parole Board*³⁶, he said (at pp. 318-319):

I take it that in Canada, in 1975, a public body, such as the respondent, authorized by law to impose a punishment, that was more than a mere denial of privileges, had a duty to act fairly in arriving at its decision to impose the punishment. Any other conclusion would be repugnant. The circumstances disclosed in this application would appear to be appropriate to the remedy sought. I am not, of course, deciding whether the remedy should be granted but merely whether it could be granted by the Federal Court of Canada, Trial Division. In my view it could.

This judgment was reversed in the Federal Court of Appeal³⁷. The *ratio* of this decision appears to be in these three paragraphs (on pp. 638-639):

The originating notice of motion relates to "convictions" that were the subject of a section 28 application to this Court as a result of which it was decided by the Supreme Court of Canada that this Court had no jurisdiction under that section because, as we understand that decision, the "convictions" were administrative decisions that were "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis" within the meaning of those words in that section.

In our view, it follows from that decision that the "convictions" in question cannot be attacked under section 18 of the *Federal Court Act* by a writ of *certiorari*

Les infractions disciplinaires dont l'appelant a été déclaré coupable ont été créées par la loi. La peine imposée a été autorisée par la loi. Celle-ci exige, comme condition préalable à l'imposition de la peine, que le détenu soit «déclaré coupable» de l'infraction. Je n'oublie pas et j'accepte l'opposition du juge en chef Jackett à accorder trop d'importance au fait que la phraséologie de la procédure criminelle est introduite dans les règlements. Il est néanmoins manifeste que la loi envisage un processus selon lequel un détenu doit avoir été jugé coupable d'une infraction disciplinaire, prévue par la loi, comme condition préalable à l'imposition d'une peine également prévue par la loi. Cette dernière et les règlements qui prévoient tant l'infraction que la peine sont muets quant à ce processus.

Enfin, après avoir cité un passage des motifs de la majorité dans *Howarth c. La Commission nationale des libérations conditionnelles*³⁶, il a dit (aux pp. 318 et 319):

Je suppose qu'au Canada, en 1975, un organisme public tel que l'intimé, autorisé par la loi à imposer une peine qui était plus qu'une simple perte de priviléges, avait le devoir d'agir équitablement en décidant d'imposer la peine. Toute autre conclusion serait incompatible. Les circonstances révélées dans cette demande paraissent être appropriées au redressement recherché. Je ne suis pas, évidemment, en train de décider si le redressement devrait être accordé, mais simplement s'il pourrait être accordé par la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada. Selon moi, elle le peut.

Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale³⁷. Le principe de cet arrêt paraît se trouver aux trois alinéas suivants (aux pp. 638 et 639):

L'avis introductif de requête fait état des «déclarations de culpabilité» qui ont fait l'objet d'une demande introduite devant cette cour en vertu de l'article 28. La Cour suprême du Canada, saisie de l'affaire, a conclu que la présente cour n'était pas compétente en vertu de cet article: aux termes de l'arrêt de la Cour suprême, les «déclarations de culpabilité» étaient des décisions de nature administrative qui «n'[étaient] pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire» au sens de l'article 28.

A notre avis, il découle de cette décision que les «déclarations de culpabilité» en cause ne peuvent être attaquées en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour*

³⁶ [1976] 1 S.C.R. 453.

³⁷ [1978] 2 F.C. 637.

³⁶ [1976] 1 R.C.S. 453.

³⁷ [1978] 2 C.F. 637.

or proceedings for relief in the nature of that contemplated by such a writ.

While the ambit of *certiorari* has expanded over the period that has elapsed since it was a writ whose sole function was to enable a superior court of law to review decisions of inferior courts of law, in our opinion, it continues to have application only where the decision attacked is either judicial in character or is required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. We have not been referred to any decision to the contrary.

(Foot-notes omitted)

From these quotations it is apparent that the reason for which the Federal Court of Appeal reversed the judgment of the Trial Division is that it did not accept that the common law remedy of *certiorari* may be available in the case of violation of the duty to act fairly in an administrative decision "not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis". A foot-note on p. 639 ends with this sentence:

... Any decision that is not judicial but is "sufficiently near a judicial decision to be the subject of a writ of *certiorari*" is, in our view, a decision that is required to be made on a "quasi-judicial basis" within the meaning of those words in section 28.

With respect, I cannot agree with this view. In *Bates v. Lord Hailsham*³⁸, Megarry J. said (at p. 1024 (All E.R.) 1378 (W.L.R.)):

... Let me accept that in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness. Nevertheless, these considerations do not seem to me to affect the process of legislation, whether primary or delegated. Many of those affected by delegated legislation, and affected very substantially, are never consulted in the process of enacting that legislation; and yet they have no remedy. . . .

The words I have underlined in this passage were accepted "as a common law principle" in the reasons of the majority of this Court in *Nicholson v. Halidmand-Norfolk Regional Police Commissioners*³⁹, at p. 324. In that judgment delivered subsequent to the decision of the Federal

fédérale par voie d'un bref de *certiorari* ou d'un redressement de la nature de celui qu'envisage un tel bref.

Bien que la portée du bref de *certiorari* se soit étendue depuis l'époque où il n'avait pour seule fonction que de permettre à un tribunal supérieur d'examiner les décisions de tribunaux inférieurs, le bref lui-même, à notre avis, ne continue de s'appliquer que lorsque la décision attaquée est soit de nature judiciaire soit soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. On ne nous a cité aucun arrêt affirmant le contraire.

Il ressort de ce texte que la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la Division de première instance parce qu'elle n'acceptait pas que l'on puisse avoir recours au *certiorari* dans le cas d'une violation de l'obligation d'agir équitablement dans une décision administrative «qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Une note au bas de la p. 639 se termine avec la phrase suivante:

... Toute décision qui n'est pas de nature judiciaire mais qui se rapproche «suffisamment d'une décision de nature judiciaire pour faire l'objet d'un bref de *certiorari*» constitue, à notre avis, une décision soumise au «processus quasi judiciaire» au sens où l'entend l'article 28.

Avec respect, je ne puis partager cette interprétation. Dans *Bates v. Lord Hailsham*³⁸, le juge Megarry a dit (à la p. 1024 (All E.R.) 1378 (W.L.R.)):

[TRADUCTION] ... Admettons que dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement. Mais cela ne me paraît pas s'appliquer au processus législatif, qu'il s'agisse de lois ou de législation déléguée. Plusieurs de ceux que la législation déléguée concerne, et souvent de façon très importante, ne sont jamais consultés au cours de son processus d'adoption; et pourtant ils n'ont aucun recours. . . .

La phrase que j'ai soulignée dans ce passage a été agréée «comme un principe de common law par les motifs de la majorité de cette Cour dans *Nicholson c. Halidmand Norfolk Regional Police Commissioners*³⁹, à la p. 324. Dans cet arrêt rendu après celui de la Cour d'appel fédérale en l'espèce,

³⁸ [1972] 3 All E.R. 1019, [1972] 1 W.L.R. 1373.

³⁹ [1979] 1 S.C.R. 311.

³⁸ [1972] 3 All E.R. 1019, [1972] 1 W.L.R. 1373.

³⁹ [1979] 1 R.C.S. 311.

Court of Appeal herein, judicial review under *The Judicial Review Procedure Act of Ontario* was allowed against the decision of a police commission to dispense with the services of a constable. By the relevant regulation the right to a quasi-judicial hearing was not available to the appellant because he was still within his eighteen-month probationary period. Although accepting (at p. 318) that the termination of "a master servant relationship would not, *per se*, give rise to any legal requirement of observance of any of the principles of natural justice", the majority held that, in the case of the holder of a public office such as a constable, there was a common law duty to act fairly which fell short of a duty to act quasi-judicially but nevertheless could be enforced by judicial review. Under the Ontario Act this includes precisely the remedies contemplated in s. 18 of the *Federal Court Act*.

More recently an important judgment was given by the U.K. Court of Appeal in *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*⁴⁰. I do not think I can better summarize some of the views expressed than by quoting from the headnote the following:

The courts were the ultimate custodians of the rights and liberties of the subject whatever his status and however attenuated those rights and liberties were as the result of some punitive or other process, unless Parliament by statute decreed otherwise. There was no rule of law that the courts were to abdicate jurisdiction merely because the proceedings under review were of an internal disciplinary character and, having regard to the fact that under the Prison Act 1952 a prisoner remained invested with residuary right regarding the nature and conduct of his incarceration despite the deprivation of his general liberty, the Divisional Court had been in error in refusing to accept jurisdiction.

Per Megaw and Waller LJJ. Although proceedings of boards of visitors in respect of offences against discipline are subject to judicial review by the courts, such interference will only be justified if there has been some failure to act fairly, having regard to all relevant circumstances, and such unfairness can reasonably be regarded as having caused a substantial, as distinct from a trivial or merely technical, injustice which is capable

on a autorisé le contrôle judiciaire en vertu de *The Judicial Review Procedure Act of Ontario* à l'encontre de la décision d'un comité de police de renvoyer un agent. Le règlement pertinent ne donnait pas à l'appelant le droit à une audition quasi judiciaire parce qu'il n'avait pas complété sa période de probation de dix-huit mois. Tout en admettant (à la p. 318) que la cessation d'une «relation employeur-employé n'entraîne pas en elle-même d'obligation juridique d'observer les principes de justice naturelle», la majorité a statué que, dans le cas du titulaire d'une charge publique comme un agent de police, il existe en *common law* une obligation d'agir équitablement, moins exigeante que l'obligation d'agir de façon quasi judiciaire, mais qui peut néanmoins être sanctionnée par le contrôle judiciaire. En vertu de la loi ontarienne cela inclut précisément les recours que vise l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Plus récemment la Cour d'appel du Royaume-Uni a rendu un arrêt important: *R. v. Board of Visitors of Hull Prison, Ex p. St. Germain*⁴⁰. Je ne crois pas pouvoir mieux résumer certaines des opinions exprimées qu'en citant le passage suivant du sommaire:

[TRADUCTION] Les cours sont les ultimes gardiens des droits et libertés du citoyen quel que soit son statut et quelque atténuation que soient ces droits et libertés en conséquence d'un processus punitif ou autre, à moins que le Parlement n'ait décrété autrement par une loi. Il n'y a aucune règle de droit selon laquelle les cours doivent se déclarer incompétentes simplement parce que les procédures sous examen relèvent de la discipline interne et, vue qu'en vertu de la Prison Act 1952 un détenu demeure investi de droits résiduaires relatifs à la nature et au soin de son incarcération malgré sa privation de liberté, la Divisional Court a erré en refusant de reconnaître sa compétence.

Les juges Megaw et Waller. Bien que les procédures de comités de visiteurs à l'égard d'infractions à la discipline soient soumises au contrôle judiciaire des cours, cette intervention n'est justifiée qu'en cas de défaut d'agir équitablement, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, et lorsque l'on peut raisonnablement dire que ce manque d'équité a causé une injustice importante susceptible de redressement et non pas une injus-

⁴⁰ [1979] 1 All E.R. 701.

⁴⁰ [1979] 1 All E.R. 701.

of remedy. Moreover the requirements of natural justice are not necessarily identical in all spheres. . . .

Semblé. Certiorari does not lie against a disciplinary decision of a prison governor.

Although in this judgment, some *dicta* in *Ex p. Fry*⁴¹ were put in doubt, no doubt was expressed as to the correctness of the decision of the Court of Appeal in *Fraser v. Mudge*⁴². In that case a prisoner charged with an offence against prison discipline (assaulting a prison official) and due to appear before a Board of Visitors had applied for an injunction. The prisoner sought a declaration that he was entitled to the assistance of counsel and prayed for an injunction restraining the Board from inquiring into the charge until he had had an opportunity of appearing by lawyers. The Court of Appeal unanimously upheld the refusal of the injunction. Lord Denning M.R. said (at pp. 1133-1134 W.L.R.):

... We all know that, when a man is brought up before his commanding officer for a breach of discipline, whether in the armed forces or in ships at sea, it never has been the practice to allow legal representation. It is of the first importance that the cases should be decided quickly. If legal representation were allowed, it would mean considerable delay. So also with breaches of prison discipline. They must be heard and decided speedily. Those who hear the cases must, of course, act fairly. They must let the man know the charge and give him a proper opportunity of presenting his case. But that can be done and is done without the matter being held up for legal representation. I do not think we ought to alter the existing practice. . . .

Roskill L.J. added after a reference to the Prison Rules 1964 (at p. 80 All E.R.):

... One looks to see what are the broad principles underlying these rules. They are to maintain discipline in prison by proper, swift and speedy decisions, whether by the governor or the visitors; and it seems to me that the requirements of natural justice do not make it necessary that a person against whom disciplinary proceedings are pending should as of right be entitled to be represented by solicitors or counsel or both.

⁴¹ [1954] 2 All E.R. 118.

⁴² [1975] 1 W.L.R. 1132, [1975] 3 All E.R. 78.

tice triviale ou purement théorique. De plus, les exigences de la justice naturelle ne sont pas nécessairement les mêmes dans tous les domaines. . . .

Semblé. Une décision disciplinaire d'un directeur de prison ne peut faire l'objet d'un *certiorari*.

Bien que dans cet arrêt l'on ait mis en doute certains *dicta* de *Ex p. Fry*⁴¹, aucun doute n'a été exprimé quant à la justesse de l'arrêt de la Cour d'appel, *Fraser v. Mudge*⁴². Dans cette affaire un détenu accusé d'une infraction à la discipline carcérale (voies de fait sur un gardien de prison) et cité à comparaître devant un comité de visiteurs avait présenté une demande d'injonction. Le détenu demandait une déclaration suivant laquelle il avait droit à l'assistance d'un avocat et une injonction qui aurait empêché le comité de faire enquête sur l'infraction avant qu'il n'ait eu l'occasion de comparaître par avocat. La Cour d'appel à l'unanimité a maintenu le refus d'injonction. Lord Denning a dit (aux pp. 1133 et 1134 W.L.R.):

[TRADUCTION] ... Nous savons tous que lorsqu'un homme est amené devant son chef pour une violation des règles de discipline, que ce soit dans les forces armées ou sur un navire en mer, la pratique n'a jamais été d'accorder la représentation par avocat. Il est de première importance que ces affaires soient réglées rapidement. Si l'on permettait la représentation par avocat, des délais considérables s'ensuivraient. C'est aussi le cas des infractions aux règles de discipline carcérale. L'instruction doit en avoir lieu rapidement. Ceux qui procèdent à l'instruction doivent, bien sûr, agir équitablement. Ils doivent informer l'homme de l'accusation et lui donner une possibilité raisonnable de faire valoir sa défense. Mais cela peut se faire et se fait sans que l'affaire soit retardée par la représentation par avocat. Je ne suis pas d'avis que nous devrions modifier la pratique existante.

Lord Roskill a ajouté, après une référence aux Prison Rules 1964 (à la p. 80 All E.R.):

[TRADUCTION] ... On recherche les grands principes sous-jacents de ces règles. Il s'agit de maintenir la discipline en prison au moyen de décisions appropriées, promptes et rapides, par le directeur ou les visiteurs; et il me paraît que les exigences de la justice naturelle ne requièrent pas qu'une personne contre laquelle des procédures disciplinaires ont été intentées ait le droit absolu d'être représentée par avocat.

⁴¹ [1954] 2 All E.R. 118.

⁴² [1975] 1 W.L.R. 1132, [1975] 3 All E.R. 78.

It appears to me that the proper view of the situation of a prison inmate in respect of disciplinary offence proceedings was taken in what I have just quoted. The requirements of judicial procedure are not to be brought in and, consequently, these are not decisions which may be reviewed by the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, a remedy which, I think is in the nature of a right of appeal. However, this does not mean that the duty of fairness may not be enforced by the Trial Division through the exercise of the discretionary remedies mentioned in s. 18 of the *Federal Court Act*.

I must, however, stress that the Order issued by Mahoney J. deals only with the jurisdiction of the Trial Division, not with the actual availability of the relief in the circumstances of the case. This is subject to the exercise of judicial discretion and in this respect it will be essential that the requirements of prison discipline be borne in mind, just as it is essential that the requirements of the effective administration of criminal justice be borne in mind when dealing with applications for *certiorari* before trial, as pointed out in *Attorney General of Quebec v. Cohen*⁴³. It is specially important that the remedy be granted only in cases of serious injustice and that proper care be taken to prevent such proceedings from being used to delay deserved punishment so long that it is made ineffective, if not altogether avoided.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and restore the Order of Mahoney J. of the Federal Court, Trial Division. There should be no costs in this Court nor in the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: John W. Conroy, Abbotsford.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

⁴³ [1979] 2 S.C.R. 305.

Il me paraît que l'on a adopté, dans ce que je viens de citer, une vue juste de la situation du détenu qui fait l'objet de procédures disciplinaires. Il ne faut pas faire intervenir les exigences de la procédure judiciaire et, en conséquence il ne s'agit pas de décisions qui peuvent faire l'objet d'un examen par la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, un recours qui est, à mon avis, de la nature d'un droit d'appel. Cependant, cela ne veut pas dire que la Division de première instance ne peut sanctionner l'obligation d'agir équitablement au moyen des recours discrétionnaires mentionnés à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Je dois cependant souligner que l'ordonnance rendue par le juge Mahoney ne porte que sur la compétence de la Division de première instance, non sur la question de savoir si le redressement devrait être accordé dans les circonstances de l'espèce. Cela dépendra de l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire et, à cet égard, il sera essentiel de garder à l'esprit les exigences de la discipline carcérale, tout comme il est essentiel de garder à l'esprit les exigences de l'administration efficace de la justice pénale lorsqu'on traite de demandes de *certiorari* avant le procès, comme cela vient d'être souligné dans *Le procureur général de la province de Québec c. Cohen*⁴³. Il est particulièrement important de n'accorder ce redressement que dans des cas d'injustice grave et de bien veiller à ce que ces procédures ne servent pas à retarder le châtiment mérité au point de le rendre inefficace, sinon de l'éviter complètement.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir l'ordonnance du juge Mahoney de la Division de première instance de la Cour fédérale. Il n'y aura aucune adjudication de dépens en cette Cour ni en Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: John W. Conroy, Abbotsford.

Procureur de l'intimé: Roger Tassé, Ottawa.

⁴³ [1979] 2 R.C.S. 305.