

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Robert Miller** *Respondent*.

File No.: 17333.

1984: October 12; 1985: December 19.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Prerogative writs — Habeas corpus — Jurisdiction — Superior courts — Inmate confined in a special handling unit — Application for habeas corpus and certiorari in aid in a superior court — Whether a provincial superior court has jurisdiction to issue certiorari in aid of habeas corpus to determine the validity of an inmate's confinement in a special handling unit of a federal penitentiary — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.*

*Prerogative writs — Habeas corpus — Availability of remedy — Inmate confined in a special handling unit following a disturbance in a federal penitentiary — Whether habeas corpus lies to challenge the validity of a particular form of confinement in a penitentiary.*

*Prerogative writs — Habeas corpus — Procedure — Affidavit evidence — Whether affidavit evidence admissible on habeas corpus application to show jurisdictional error.*

Following a disturbance in the penitentiary, respondent inmate was transferred to another institution and placed in administrative segregation in a "Special Handling Unit". This unit was reserved for particularly dangerous inmates and was characterized by a more restrictive confinement and the loss of several privileges or amenities enjoyed by the general inmate population. Respondent was advised that he had been placed there because of his participation in the disturbance, but was never given any opportunity to confront the evidence, if any, of his involvement in the incident. Respondent's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid was dismissed by the Ontario Supreme Court. The Court of Appeal allowed respondent's appeal and returned the matter to the High Court to determine the issue on the merits. This appeal is to determine (1) whether a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* against a federal board, commission or other tribunal despite the exclusive jurisdiction in

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Robert Miller** *Intimé*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 17333.

1984: 12 octobre; 1985: 19 décembre.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Brefs de prérogative — Habeas corpus — Compétence — Cours supérieures — Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention — Demande d'habeas corpus avec certiorari auxiliaire présentée à une cour supérieure — Une cour supérieure provinciale est-elle compétente pour délivrer un certiorari auxiliaire d'un habeas corpus pour déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spéciale de détention d'un pénitencier fédéral? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 18.*

*Brefs de prérogative — Habeas corpus — Possibilité d'exercer ce recours — Détenu incarcéré dans une unité spéciale de détention par suite d'un incident dans un pénitencier fédéral — Peut-on recourir à l'habeas corpus pour contester la validité d'une forme particulière d'incarcération dans un pénitencier?*

*Brefs de prérogative — Habeas corpus — Procédure — Preuve par affidavit — Admissibilité d'une preuve par affidavit pour établir une erreur de compétence dans le cadre d'une demande d'habeas corpus.*

À la suite d'un incident dans un pénitencier, le détenu intimé a été transféré à un autre établissement où on l'a mis en ségrégation administrative dans une «unité spéciale de détention». Cette unité est réservée aux détenus particulièrement dangereux. La détention y est plus sévère et entraîne la privation de plusieurs privilèges ou agréments dont jouit la population carcérale générale. On a fait savoir à l'intimé qu'il y avait été placé en raison de sa participation à l'incident en question, mais il n'a jamais eu la possibilité de réfuter la preuve, si preuve il y avait, de cette participation. La demande de l'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire présentée par l'intimé a été rejetée par la Cour suprême de l'Ontario. La Cour d'appel a accueilli son appel et renvoyé l'affaire à la Haute Cour pour qu'elle tranche le litige sur le fond. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si, nonobstant la compétence exclusive en matière de *certiorari* que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour fédérale du Canada, une cour supérieure provin-

respect of *certiorari* of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*; (2) whether, on an application for *habeas corpus* alone, a court may consider affidavit evidence to determine whether a detention is unlawful by reason of an absence or excess of jurisdiction; and (3) whether *habeas corpus* will lie to determine the validity of confinement in a special handling unit, and if such confinement is found to be unlawful, to secure the release of the inmate into the general population of the institution.

*Held*: The appeal should be dismissed.

(1) A provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* notwithstanding s. 18 of the *Federal Court Act*. The provisions of the *Federal Court Act* indicate a clear intention on the part of Parliament to leave the jurisdiction by way of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority with the provincial superior courts. While s. 18 confers an exclusive and very general review jurisdiction over federal authorities by the prerogative and extraordinary remedies, to which specific reference is made, it deliberately omits reference to *habeas corpus*. This omission was not an oversight but a well considered decision. Considering the importance of *certiorari* in aid to the effectiveness of *habeas corpus*, a remedy included as a guaranteed right in s. 2(c)(ii) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 10(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it cannot have been intended that the reference to *certiorari* in s. 18 should have the effect of undermining or weakening the *habeas corpus* jurisdiction of the provincial superior courts by the exclusion or denial of *certiorari* in aid. To avoid such a construction, it is possible to conclude that, because of the association in that section of *certiorari* with the other prerogative and extraordinary remedies, the reference to *certiorari* in s. 18 is to the independent remedy of *certiorari* to quash the decision of an inferior tribunal and not to *certiorari* as an ancillary procedure used to serve an essentially evidentiary purpose. Indeed, it is unlikely that Parliament intended to confer an exclusive jurisdiction to issue *certiorari* in aid when it had clearly withheld the jurisdiction to issue *habeas corpus*.

(2) It is well established that affidavit evidence is admissible on *certiorari* to show jurisdictional error. Subject to the limitation arising from the conclusive character of the records of courts of superior or general common law jurisdiction, a court may also on an

ciale peut délivrer contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire; (2) si un tribunal saisi d'une demande d'*habeas corpus* simple peut tenir compte d'une preuve par affidavit pour déterminer si une détention est illégale pour défaut ou excès de compétence; et (3) si l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une incarcération dans une unité spéciale de détention et, dans l'hypothèse où cette incarcération serait jugée illégale, pour obtenir la réintégration du détenu dans la population générale de l'établissement.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

(1) Une cour supérieure provinciale a compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* nonobstant l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* traduisent une intention claire chez le législateur de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence pour vérifier par voie d'*habeas corpus* la validité d'une détention imposée par les autorités fédérales. Bien que l'art. 18 confère une compétence exclusive et très générale pour contrôler les décisions d'autorités fédérales par le moyen des recours de prérogative et des recours extraordinaires, lesquels sont expressément mentionnés, toute mention de l'*habeas corpus* a été délibérément omise. Or, cette omission n'est pas un oubli mais le résultat d'une décision bien pesée. Compte tenu de l'importance du *certiorari* auxiliaire pour l'efficacité de l'*habeas corpus*, recours auquel le sous-al. 2c)(ii) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'al. 10c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaissent le statut de droit garanti, on n'a pas pu vouloir que la mention du *certiorari* à l'art. 18 ait pour effet de miner ou d'affaiblir la compétence des cours supérieures provinciales en matière d'*habeas corpus* en excluant ou en refusant le *certiorari* auxiliaire. Pour éviter une telle interprétation, il est possible de conclure, étant donné qu'à l'art. 18 le *certiorari* fait partie d'une énumération des recours de prérogative et des recours extraordinaires, qu'il est alors question du recours indépendant en *certiorari* pour l'annulation d'une décision d'un tribunal d'instance inférieure et non pas du *certiorari* en tant que procédure auxiliaire servant essentiellement à établir la preuve. En fait, puisqu'il n'a manifestement pas donné compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus*, il est peu probable que le législateur ait voulu conférer une compétence exclusive pour délivrer un *certiorari* auxiliaire.

(2) Il est bien établi que, dans le cas d'une demande de *certiorari*, une preuve par affidavit est admissible pour établir une erreur de compétence. Sous réserve de la restriction qui résulte du caractère concluant des dossiers de cours de juridiction supérieure ou de juridic-

application for *habeas corpus* without *certiorari* in aid consider affidavit or other extrinsic evidence to determine whether there has been an absence or excess of jurisdiction. The proposition that this Court was limited on *habeas corpus* to an examination of the warrant of committal in determining whether there had been a jurisdictional error goes beyond the true basis of the Court's jurisprudence on this question.

(3) *Habeas corpus* lies to determine the validity of a particular form of confinement in a penitentiary notwithstanding that the same issue may be determined upon *certiorari* in the Federal Court. The proper scope of the availability of *habeas corpus* must be considered first on its own merits, apart from possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction. The general importance of this remedy as the traditional means of challenging deprivations of liberty is such that its proper development and adaptation to the modern realities of confinement in a prison setting should not be compromised by concerns about conflicting jurisdiction. Confinement in a special handling unit or in administrative segregation is a form of detention that is distinct and separate from that imposed on the general inmate population. It is in fact a new detention of the inmate, purporting to rest on its own foundation of legal authority. There is no reason in principle, in view of the nature and role of *habeas corpus*, why that remedy should not be available to challenge the validity of such a distinct form of detention in which the actual physical constraint, as distinct from the mere loss of certain privileges, is more restrictive or severe than the normal one in an institution.

### Cases Cited

*Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570; *Re Shumiatcher*, [1962] S.C.R. 38; *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, considered; *Re Cardinal and Oswald and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 252, rev'd [1985] 2 S.C.R. 643; *Re Morin and Yeomans* (1982), 1 C.C.C. (3d) 438, [1982] C.A. 464, rev'd [1985] 2 S.C.R. 662; *Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168; *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453; *R. v. London Borough of Hillingdon, ex parte Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Ex parte Macdonald* (1896), 27 S.C.R. 683; *Re Henderson*, [1930] S.C.R. 45; *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556; *Ex parte*

tion générale en *common law*, une cour saisie d'une demande d'*habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire peut aussi examiner une preuve par affidavit ou toute autre preuve extrinsèque pour déterminer s'il y a eu défaut ou excès de compétence. La proposition selon laquelle cette Cour en matière d'*habeas corpus* doit se limiter à un examen du mandat de dépôt pour déterminer s'il y a eu défaut ou excès de compétence, s'éloigne du fondement véritable de la jurisprudence de la Cour sur cette question.

(3) On peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particulière de détention dans un pénitencier quoique la même question puisse être déterminée par voie de *certiorari* en Cour fédérale. La portée du recours à l'*habeas corpus* doit d'abord être examinée en fonction de son propre fondement, indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences. L'importance générale de ce recours comme moyen traditionnel pour contester les privations de liberté est telle que son développement et son adaptation rationnels aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral ne doivent pas être compromis par des craintes de conflit de compétence. L'incarcération dans une unité spéciale de détention ou en ségrégation administrative constitue une forme de détention qui est tout à fait distincte de celle imposée à la population carcérale générale. Il s'agit en fait d'une nouvelle détention qui est censée avoir son propre fondement juridique. Aucune raison valable fondée sur la nature et le rôle de l'*habeas corpus* ne s'oppose à ce qu'on y ait recours pour contester la validité de cette forme distincte de détention dans laquelle la contrainte physique réelle, par opposition à la simple perte de certains privilèges, est plus restrictive ou sévère que cela est normalement le cas dans un établissement carcéral.

### Jurisprudence

Arrêts examinés: *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570; *Re Shumiatcher*, [1962] R.C.S. 38; *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *Goldhar v. The Queen*, [1960] R.C.S. 431; *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; arrêts mentionnés: *Re Cardinal and Oswald and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 252, infirmé [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'U.S.D. (Unité spéciale de détention)*, [1982] C.A. 464, 1 C.C.C. (3d) 438, infirmé [1985] 2 R.C.S. 662; *Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168; *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453; *R. v. London Borough of Hillingdon, ex parte Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S.

*Rogers* (1843), 7 Jur. 992; *R. v. Governor of Wandsworth Prison; ex parte Silverman* (1952), 96 Sol. J. 853; *Berrouard v. The Queen*, S.C. Longueuil, No. 505-01-001299-789, November 30, 1981; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Stevenson v. Florant*, [1927] A.C. 211, aff'g [1925] S.C.R. 532; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501; *Re Cadeddu* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135; *Re Frejd* (1910), 22 O.L.R. 566; *Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303; *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934); *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963); *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968); *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969); *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971); *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973); *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (1944); *McCullum v. Miller*, 695 F.2d 1044 (1982); *Krist v. Ricketts*, 504 F.2d 887 (1974); *Bryant v. Harris*, 465 F.2d 365 (1972); *Dawson v. Smith*, 719 F.2d 896 (1983); *Streeter v. Hopper*, 618 F.2d 1178 (1980), referred to.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(c)(iii).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 10(c).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 2 "federal board, Commission or other tribunal", 17(5), 18.

#### Authors Cited

Cromwell, T. "Habeas Corpus and Correctional Law" (1977), 3 *Queen's L.J.* 295.  
 Note. "Developments in the Law—Federal Habeas Corpus", 83 *Harv. L.R.* 1038 (1970).  
 Sharpe, R. J. "Habeas Corpus in Canada" (1975), 2 *Dalhousie L.J.* 241.  
 Sharpe, R. J. *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 141 D.L.R. (3d) 330, 39 O.R. (2d) 41, 70 C.C.C. (2d) 129, 29 C.R. (3d) 153, 29 C.P.C. 159, allowing respondent's appeal from a judgment of Steele J.<sup>1</sup>, dismissing his application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Appeal dismissed.

<sup>1</sup> Summarized at (1982), 7 W.C.B. 294.

602; *Ex parte Macdonald* (1896), 27 R.C.S. 683; *Re Henderson*, [1930] R.C.S. 45; *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556; *Ex parte Rogers* (1843), 7 Jur. 992; *R. v. Governor of Wandsworth Prison; ex parte Silverman* (1952), 96 Sol. J. 853; *Berrouard c. La Reine*, C.S. Longueuil, n° 505-01-001299-789, 30 novembre 1981; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Stevenson v. Florant*, [1927] A.C. 211, conf. [1925] R.C.S. 532; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501; *Re Cadeddu* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135; *Re Frejd* (1910), 22 O.L.R. 566; *Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303; *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934); *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963); *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968); *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969); *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971); *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973); *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (1944); *McCullum v. Miller*, 695 F.2d 1044 (1982); *Krist v. Ricketts*, 504 F.2d 887 (1974); *Bryant v. Harris*, 465 F.2d 365 (1972); *Dawson v. Smith*, 719 F.2d 896 (1983); *Streeter v. Hopper*, 618 F.2d 1178 (1980).

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 10c).  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 2c)(iii).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2 «office, commission ou autre tribunal fédéral», 17(5), 18.

#### Doctrine citée

Cromwell, T. «Habeas Corpus and Correctional Law» (1977), 3 *Queen's L.J.* 295.  
 Note. «Developments in the Law—Federal Habeas Corpus», 83 *Harv. L.R.* 1038 (1970).  
 Sharpe, R. J. «Habeas Corpus in Canada» (1975), 2 *Dalhousie L.J.* 241.  
 Sharpe, R. J. *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 141 D.L.R. (3d) 330, 39 O.R. (2d) 41, 70 C.C.C. (2d) 129, 29 C.R. (3d) 153, 29 C.P.C. 159, qui a accueilli l'appel de l'intimé à l'encontre d'un jugement du juge Steele<sup>1</sup>, qui avait rejeté sa demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Pourvoi rejeté.

<sup>1</sup> Résumé à (1982), 7 W.C.B. 294.

R. W. Hubbard, for the appellant.

Fergus J. O'Connor, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—This appeal raises the question whether, having regard to the role of *habeas corpus* and the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, in respect of *certiorari* against any federal board, commission or other tribunal, a provincial superior court has jurisdiction by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid to determine the validity of the confinement of an inmate of a federal penitentiary in a “special handling unit”, a particularly restrictive form of segregated detention, and if such confinement be found unlawful, to order his release into association with the general inmate population of the penitentiary.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on August 25, 1982 allowing an appeal from the judgment of Steele J. of the Supreme Court of Ontario on March 5, 1982, which dismissed the respondent's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid to determine the validity of his confinement in the Special Handling Unit of Millhaven Institution, a federal penitentiary, on the ground that the Court lacked jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* because of the exclusive jurisdiction of the Federal Court in respect of *certiorari* against a federal board, commission or other tribunal and on the further ground that on *habeas corpus* alone the Court was precluded by the jurisdiction of the Federal Court from considering anything but the warrants of committal, which were regular on their face and had not been challenged.

I

According to the respondent's affidavit in support of his application for *habeas corpus* with

R. W. Hubbard, pour l'appelante.

Fergus J. O'Connor, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu  
a par

LE JUGE LE DAIN—Ce pourvoi soulève la question de savoir si, compte tenu du rôle de l'*habeas corpus* et de la compétence exclusive pour délivrer un *certiorari* contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral conférée à la Cour fédérale du Canada par l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, une cour supérieure provinciale peut, par voie d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, statuer sur la validité de l'incarcération d'un détenu dans une «unité spéciale de détention» d'un pénitencier fédéral, une forme particulièrement sévère de ségrégation et, dans l'hypothèse où elle juge illégal ce type d'incarcération, si cette cour supérieure provinciale peut ordonner la réintégration du détenu dans la population carcérale générale du pénitencier.

Le pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque l'arrêt en date du 25 août 1982 de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli un appel d'une décision datée du 5 mars 1982 dans laquelle le juge Steele de la Cour suprême de l'Ontario a rejeté la demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire présentée par l'intimé pour que soit déterminée la validité de son incarcération dans l'unité spéciale de détention de l'établissement de Millhaven, un pénitencier fédéral. La demande a été rejetée d'abord pour le motif que la cour n'avait pas compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* parce qu'il appartenait exclusivement à la Cour fédérale d'accorder un *certiorari* contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral et, ensuite, parce que, en ce qui concerne l'*habeas corpus* simple, la compétence de la Cour fédérale empêchait la cour d'examiner autre chose que les mandats de dépôt, lesquels étaient réguliers en apparence et n'avaient fait l'objet d'aucune contestation.

I

D'après l'affidavit produit par l'intimé à l'appui de sa demande d'*habeas corpus* avec *certiorari*

*certiorari* in aid, he was an inmate in Matsqui Penitentiary on June 2, 1981 when a "disturbance" occurred in the dining area where he was employed. He claimed that he was not in the dining area at the time and that he was not responsible in any way for the disturbance. He was, nevertheless, placed in administrative segregation in Matsqui on June 5th and in segregation in Kent Institution and Millhaven, to which he was subsequently transferred, on July 11th and July 23rd respectively. On July 29, 1981 he was placed in the Special Handling Unit at Millhaven.

Confinement in a special handling unit is reserved for particularly dangerous inmates, as indicated by s. 5 of Commissioner's Directive 274 of December 1, 1980, which defines "Special Handling Unit" as follows: "Special Handling Unit" (SHU) is a facility established to deal exclusively with inmates who, in addition to requiring maximum security, have been identified as being particularly dangerous." According to the Directive, a special handling unit program of confinement consists of four phases, the first of which is a period of assessment in administrative segregation. According to the respondent's affidavit, which describes the nature of the confinement in the various phases in considerable detail, in the first phase consisting of administrative segregation the inmate is cut off from all association with other inmates and is confined to his cell for all but one hour of the day. In subsequent phases of the program limited association with other inmates and somewhat longer periods outside the cell are permitted, but speaking generally, it may be said that confinement in a special handling unit is a significantly more restrictive form of detention than the normal one in a penitentiary, involving the loss or denial of several privileges or amenities enjoyed by the general inmate population.

According to the respondent's affidavit, he was advised by letter about two weeks after he was placed in the Special Handling Unit that he had been put there because of his involvement in the disturbance at Matsqui and specifically because he had broken windows in the kitchen and had manufactured an explosive device. The respondent states

auxiliaire, il était détenu au pénitencier de Matsqui. Le 2 juin 1981 il s'est produit un «incident» dans la cantine où il travaillait. Il a déclaré qu'il ne s'y trouvait pas au moment en question et qu'il n'avait en aucune façon provoqué l'incident. Quoiqu'il en soit, il a été mis en ségrégation administrative à Matsqui le 5 juin et en ségrégation d'abord à l'établissement Kent puis à Millhaven, où il a été transféré dans le premier cas le 11 juillet et dans le second cas le 23 juillet. Le 29 juillet 1981, on l'a placé dans l'unité spéciale de détention de Millhaven.

L'incarcération dans une unité spéciale de détention est réservée aux détenus particulièrement dangereux; c'est ce qui ressort de l'art. 5 de la directive du commissaire n° 274 du 1<sup>er</sup> décembre 1980, qui donne à l'expression «Unité spéciale de détention» la définition suivante: «Unité spéciale de détention» (USD) désigne une installation destinée exclusivement aux détenus qui, tout en répondant aux critères de sécurité maximale, sont reconnus comme particulièrement dangereux». Suivant la directive, le programme d'incarcération dans une unité spéciale comporte quatre phases. La première consiste en une période de ségrégation administrative au cours de laquelle on procède à une évaluation. D'après l'affidavit de l'intimé, qui contient une description très détaillée de la nature de l'incarcération à chacune des différentes étapes, à cette première phase le détenu est isolé de tous les autres détenus et doit garder sa cellule vingt-trois heures par jour. Les phases subséquentes du programme permettent des contacts limités avec d'autres détenus et des périodes un peu plus longues à l'extérieur de la cellule mais, en règle générale, l'incarcération dans une unité spéciale est nettement plus sévère que la normale dans un pénitencier en ce sens qu'il y a privation de plusieurs privilèges ou agréments dont jouit la population carcérale générale.

Il ressort de l'affidavit de l'intimé qu'environ deux semaines après sa mise en unité spéciale de détention il a reçu une lettre portant qu'il y avait été placé en raison de sa participation à l'incident de Matsqui et, en particulier, parce qu'il avait cassé des fenêtres de la cuisine et qu'il avait fabriqué un engin explosif. L'intimé affirme qu'il n'a

that he was never given an opportunity to confront the evidence, if any, of his involvement in the incident at Matsqui on which the decision to confine him in the Special Handling Unit was based. He was never charged with a disciplinary offence arising out of that incident nor was any criminal charge laid against him. He was not given a psychological examination, and there was nothing in his background or in the nature of the offences of which he was convicted to suggest that he was a particularly dangerous inmate. In October 1981 he attended a hearing of the National Special Handling Unit Review Committee, but he was not informed of the evidence against him nor given any opportunity to meet it. He was told that he could only secure his release from the Special Handling Unit into normal association with the general population of the penitentiary by good behaviour. In the respondent's submission there was no basis nor justification whatever for placing him in the Special Handling Unit.

In his application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid the respondent contended that confinement in the Special Handling Unit at Millhaven is not authorized by statute or regulation and is therefore unlawful, and further or alternatively, that his confinement in the Special Handling Unit was carried out in a manner that denied him procedural fairness. The respondent conceded that he was lawfully required to be detained in a penitentiary. His mandatory supervision release date was July 3, 1983, and we were informed at the hearing of the appeal that he had been released.

The unanimous judgment of the Court of Appeal (1982), 141 D.L.R. (3d) 330, 39 O.R. (2d) 41, 70 C.C.C. (2d) 129, 29 C.R. (3d) 153, 29 C.P.C. 159, allowing the appeal from the judgment of Steele J. and referring the matter back to the High Court for determination of the merits was delivered by Cory J.A., with whom Martin and Goodman J.J.A. concurred. In his reasons for judgment Cory J.A. addressed three issues in the following order: (a) whether *habeas corpus* will lie to determine the validity of confinement in a spe-

never had the possibility of refuting the proof, if proof there was, of his participation in the incident in question, proof on which the decision to incarcerate in the special detention unit was based. It never followed from the incident that the accused was charged with a disciplinary offence and no criminal charge was laid against him. He was not given a psychological examination and his antecedents or the nature of the offences of which he was convicted do not suggest that he was particularly dangerous. In October 1981 he appeared before the National Special Handling Unit Review Committee, but he was not informed of the evidence against him nor given any opportunity to meet it. He was told that he could only secure his release from the Special Handling Unit into normal association with the general population of the penitentiary by good behaviour. The respondent's submission was that there was no basis or justification for placing him in the Special Handling Unit.

In his application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid, the respondent contended that confinement in the Special Handling Unit at Millhaven is not authorized by statute or regulation and is therefore unlawful, and further or alternatively, that his confinement in the Special Handling Unit was carried out in a manner that denied him procedural fairness. The respondent conceded that he was lawfully required to be detained in a penitentiary. His mandatory supervision release date was July 3, 1983, and we were informed at the hearing of the appeal that he had been released.

The unanimous judgment of the Court of Appeal (1982), 141 D.L.R. (3d) 330, 39 O.R. (2d) 41, 70 C.C.C. (2d) 129, 29 C.R. (3d) 153, 29 C.P.C. 159, allowing the appeal from the judgment of Steele J. and referring the matter back to the High Court for determination of the merits was delivered by Cory J.A., with whom Martin and Goodman J.J.A. concurred. In his reasons for judgment Cory J.A. addressed three issues in the following order: (a) whether *habeas corpus* will lie to determine the validity of confinement in a spe-

cial handling unit, and if such confinement is found to be unlawful, to secure the release of the inmate into the general population of the institution; (b) whether, on an application for *habeas corpus* alone, a court may consider affidavit evidence to determine whether a detention is unlawful by reason of an absence or excess of jurisdiction; and (c) whether a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* against a federal board, commission or other tribunal despite the exclusive jurisdiction in respect of *certiorari* of the Federal Court of Canada under s. 18 of the *Federal Court Act*. The Court of Appeal gave an affirmative answer to each of these questions. The appellant directs its attack chiefly against the Court's conclusions on the first and third questions, which are the principal issues in the appeal. The Court of Appeal appears to have treated the second question as an alternative issue, which it may or may not be necessary to deal with in this appeal.

There are two other appeals involving some or all of these issues which were heard at the same time as this appeal: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; and *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662. The judgment of the British Columbia Court of Appeal in *Cardinal*, which is reported at (1982), 67 C.C.C. (2d) 252 (*sub nom. Re Cardinal and Oswald and The Queen*), and the judgment of the Quebec Court of Appeal in *Morin*, which is reported at [1982] C.A. 464 (*sub nom. Morin c. Comité national de l'examen des cas d'U.S.D. (Unité spéciale de détention)*) and (1982), 1 C.C.C. (3d) 438 (*sub nom. Re Morin and Yeomans*), were both rendered before the judgment of the Ontario Court of Appeal in the case at bar. In *Cardinal* the British Columbia Court of Appeal came to the same conclusions as the Ontario Court of Appeal on the three questions of jurisdiction considered by it. Indeed, Cory J.A. relied particularly on the reasoning of Anderson J.A. in the British Columbia Court of Appeal on these issues. In addition, however, the Court of Appeal in *Cardinal* dealt with the merits of the contention that there had been a breach of the duty to act fairly in the manner in which the

dans une unité spéciale de détention et, dans l'hypothèse où cette incarcération serait jugée illégale, pour obtenir la réintégration du détenu dans la population générale de l'établissement; b) celle de savoir si un tribunal saisi d'une demande d'*habeas corpus* simple peut examiner une preuve par affidavit pour décider si une détention est illégale pour défaut ou excès de compétence; et c) celle de savoir si, nonobstant la compétence exclusive en matière de *certiorari* que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Cour fédérale du Canada, une cour supérieure provinciale peut délivrer contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*. La Cour d'appel a répondu à chacune de ces questions par l'affirmative. L'appellante attaque surtout les conclusions de la Cour d'appel sur la première et la troisième questions, qui sont les questions principales devant nous. La Cour d'appel paraît avoir considéré la deuxième question comme une question subsidiaire et il n'est pas clair s'il sera nécessaire de l'aborder ici.

Deux autres pourvois portant sur l'ensemble ou une partie de ces questions ont été entendus en même temps que celui-ci; il s'agit de *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, et *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unité spéciale de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662. L'arrêt *Cardinal* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, publié à (1982), 67 C.C.C. (2d) 252 (*sub nom. Re Cardinal and Oswald and The Queen*), et l'arrêt *Morin* de la Cour d'appel du Québec, publié à [1982] C.A. 464 (*sub nom. Morin c. Comité national de l'examen des cas d'U.S.D. (Unité spéciale de détention)*) et (1982), 1 C.C.C. (3d) 438 (*sub nom. Re Morin and Yeomans*), ont tous les deux été rendus antérieurement à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire. Dans l'arrêt *Cardinal*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est arrivée aux mêmes conclusions que la Cour d'appel de l'Ontario sur les trois questions relatives à la compétence qu'elle a examinées. De fait, sur ces questions-là, le juge Cory s'est appuyé particulièrement sur le raisonnement du juge Anderson de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, dans l'arrêt *Cardinal*, la Cour d'appel a examiné aussi le bien-fondé de l'argument selon lequel



administrative dissociation or segregation of the appellant had been imposed or continued, and it was from the disposition of the appeal on this issue, rather than on the issues of the court's jurisdiction, as in the case at bar, that the appeal was brought to this Court. For this reason the issues of jurisdiction on which both Courts of Appeal came to the same conclusions will be dealt with first in this appeal. In *Morin*, where the appellant sought by an application for *habeas corpus* without *certiorari* in aid to challenge his confinement in a special handling unit, the main issue appears to be the one that is common to the three appeals—whether, having regard to the judicial review jurisdiction of the Federal Court, *habeas corpus* should lie to review the validity of such confinement.

## II

The question whether a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority arises, as has been indicated, because of the terms of s. 18 of the *Federal Court Act*, which confers on the Trial Division of the Federal Court of Canada an exclusive original jurisdiction to issue *certiorari* against any federal board, commission or other tribunal. Section 18 reads as follows:

18. The Trial Division has exclusive original jurisdiction

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

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

Section 2 of the *Federal Court Act* defines "federal board, commission or other tribunal" as follows:

la manière dont on avait imposé ou maintenu la ségrégation ou l'isolement administratifs de l'appellant constituait une violation de l'obligation d'agir équitablement, et le pourvoi devant cette Cour attaquait la conclusion de la Cour d'appel sur cette question plutôt que, comme c'est le cas en l'espèce, ses conclusions sur les questions de compétence. Pour cette raison, les questions de compétence, sur lesquelles les deux cours d'appel sont arrivées aux mêmes conclusions, seront examinées d'abord dans le présent pourvoi. Dans l'arrêt *Morin*, où l'appellant a tenté par voie de demande d'*habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire de contester son incarcération dans une unité spéciale de détention, la question principale qui paraît être commune à chacun des trois appels, était de savoir si, compte tenu de la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire, l'*habeas corpus* permet d'examiner la validité d'une telle incarcération.

## II

Comme nous l'avons déjà vu, la question de savoir si une cour supérieure provinciale peut délivrer un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire pour examiner la validité d'une détention imposée par les autorités fédérales se pose en raison de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui investit la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada d'une compétence exclusive en première instance pour délivrer un *certiorari* contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral. L'article 18 est ainsi rédigé:

18. La Division de première instance a compétence exclusive en première instance

a) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et

b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

L'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* définit ainsi l'expression «office, commission ou autre tribunal fédéral»:

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of the Parliament of Canada, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

It is not disputed that the decision to place the respondent in the Special Handling Unit at Millhaven was the decision of a federal board, commission or tribunal within the meaning of s. 2 of the Act.

Courts which have had to consider this issue of jurisdiction have been confronted by the conflicting opinions on it of members of this Court in *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570. Steele J. based his conclusion on this issue on the opinion of Ritchie J. in *Mitchell*. The Ontario Court of Appeal, as did the British Columbia Court of Appeal in *Cardinal*, followed the contrary opinion of Laskin C.J. in that case.

In *Mitchell*, the appellant sought, by an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid, to challenge the validity of his detention following the suspension and revocation of his parole by the National Parole Board. He raised several grounds of alleged jurisdictional error related to the proceedings and decisions of the Board which he supported by affidavit evidence. A majority of this Court dismissed his appeal, finding that his detention was not invalid by reason of absence or excess of jurisdiction. The issue of the availability of *certiorari* in aid arose because the Manitoba Court of Queen's Bench had issued a writ of *habeas corpus* to determine the validity of the detention, but the order had not included relief in the nature of *certiorari* in aid. Although, as Ritchie J. observed, the sufficiency of the order of the Manitoba Court of Queen's Bench had not been challenged below, opinion were nevertheless expressed in this Court on the jurisdiction of a provincial superior court to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority. Ritchie J. was

«office, commission ou autre tribunal fédéral» désigne un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi, à l'exclusion des organismes de ce genre constitués ou établis par une loi d'une province ou sous le régime d'une telle loi ainsi que des personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d'une province ou en vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il n'est pas contesté que la décision de placer l'intimé dans l'unité spéciale de détention de Millhaven a été prise par un office, une commission ou un tribunal fédéral au sens de l'art. 2 de la Loi.

Les cours qui ont eu à se pencher sur cette question de compétence ont buté contre les opinions contradictoires exprimées par les juges de cette Cour dans l'arrêt *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570. La conclusion du juge Steele sur cette question se fonde sur l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt *Mitchell*. Cependant, la Cour d'appel de l'Ontario, tout comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Cardinal*, a suivi l'opinion opposée du juge en chef Laskin.

Dans l'affaire *Mitchell*, l'appelant a essayé, par une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, de contester la validité de sa détention à la suite de la suspension et de la révocation de sa libération conditionnelle par la Commission nationale des libérations conditionnelles. Il a soulevé, affidavits à l'appui, plusieurs erreurs de compétence dont les procédures et les décisions de la Commission auraient été entachées. Cette Cour à la majorité a rejeté son pourvoi, concluant que sa détention n'était pas invalide pour défaut ou excès de compétence. La question de la possibilité d'obtenir un *certiorari* auxiliaire s'est posée parce que la Cour du Banc de la Reine du Manitoba avait délivré un bref d'*habeas corpus* pour qu'il soit statué sur la validité de la détention, mais l'ordonnance n'avait pas été assortie d'un redressement de la nature d'un *certiorari* auxiliaire. Quoique, comme l'a fait remarquer le juge Ritchie, on n'ait pas contesté en Cour d'appel le caractère adéquat de l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, des opinions ont été exprimées en cette Cour sur la compétence d'une cour supérieure

first of all of the view, which may be assumed to have been that of a majority of the Court, that *certiorari* would not lie in any event because the decisions of the National Parole Board suspending and revoking the appellant's parole were not decisions of a judicial or quasi-judicial nature amenable to *certiorari*. In support of this conclusion he cited the decisions of this Court in *Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168, and *Howarth v. National Parole Board*, [1976] 1 S.C.R. 453. Speaking for himself and three other members of the full Court (Judson, Pigeon and Beetz JJ.), he was also of the opinion, however, that the jurisdiction of a provincial superior court to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* against a federal board had been removed by s. 18 of the *Federal Court Act*. The other members of the Court (Martland and de Grandpré JJ.) who agreed that the appeal should be dismissed did not express an opinion on this issue. Laskin C.J., who would have allowed the appeal, held that *certiorari* was not confined in its application to decisions of a judicial or quasi-judicial nature, citing *R. v. London Borough of Hillingdon, ex parte Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643, as indicating the wider application of the remedy, and that s. 18 of the *Federal Court Act* had not removed the jurisdiction of a provincial superior court to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* against a federal board, commission or tribunal. The opinion of Laskin C.J. on this question of jurisdiction was concurred in by Dickson J., as he then was. Spence J., who agreed in separate reasons that the appeal should be allowed, does not appear to have addressed this issue.

It is, of course, clear since the decision of this Court in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, that *certiorari* is not confined to decisions required to be

provinciale pour délivrer un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire aux fins d'examiner la validité d'une détention imposée par les autorités fédérales. Le juge Ritchie a estimé tout d'abord, et on peut supposer que c'était là l'opinion de la majorité en cette Cour, qu'en tout état de cause on ne pouvait recourir au *certiorari* parce que les décisions de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui suspendaient et révoquaient la libération conditionnelle de l'appelant n'étaient pas des décisions judiciaires ou quasi judiciaires qui pouvaient en conséquence faire l'objet d'un *certiorari*. À l'appui de cette conclusion le juge Ritchie a cité les arrêts de cette Cour *Ex parte McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168, et *Howarth c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453. Parlant pour lui-même et au nom de trois juges (les juges Judson, Pigeon et Beetz) de la Cour siégeant au complet, le juge Ritchie a cependant estimé que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* avait aboli la compétence d'une cour supérieure provinciale pour délivrer contre un office fédéral un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Quant aux juges Martland et de Grandpré, qui étaient également d'avis que le pourvoi devait être rejeté, ils n'ont pas exprimé d'opinion sur ce point. Le juge en chef Laskin, qui aurait accueilli le pourvoi, a conclu que le recours au *certiorari* ne se limite pas à des décisions de caractère judiciaire ou quasi judiciaire et il a invoqué l'arrêt *R. v. London Borough of Hillingdon, ex parte Royco Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 643, à l'appui de la portée plus large du recours. Il a conclu en outre que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'avait pas retiré aux cours supérieures provinciales la compétence pour délivrer contre un office, une commission ou un autre tribunal fédéral un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*. Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a partagé l'avis du juge en chef Laskin sur la question de la compétence. Dans ses motifs distincts, le juge Spence conclut qu'il y aurait lieu d'accueillir le pourvoi, mais il ne paraît pas s'être penché sur cette question.

Certes, il est bien établi depuis l'arrêt de cette Cour *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, que le recours au *certiorari* ne se limite pas aux décisions

made on a judicial or quasi-judicial basis, but that it applies, in the words of Dickson J., as he then was, at pp. 622-23, "wherever a public body has power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person".

On the question of jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* I am in respectful agreement with the conclusion of Laskin C.J. in *Mitchell*, essentially for the reasons given by him, which I understand to be the importance of making the *habeas corpus* jurisdiction of the provincial superior courts an effective one and the distinction between *certiorari* to quash and *certiorari* in aid, regarded as a procedural or evidentiary device to make *habeas corpus* more effective. With reference to this distinction Laskin C.J. said at p. 578:

It is quite clear to me that there is a marked difference between *certiorari*, used to quash a conviction or an order by its own strength, and *certiorari* in aid of *habeas corpus* to make the latter remedy more effective by requiring production of the record of proceedings for that purpose.

One must approach this issue, I think, from the same point of departure as was adopted by Laskin C.J.—that the provisions of the *Federal Court Act* indicate a clear intention on the part of Parliament to leave the jurisdiction by way of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by federal authority with the provincial superior courts. While s. 18 of the *Federal Court Act* confers an exclusive and very general review jurisdiction over federal authorities by the prerogative and extraordinary remedies, to which specific reference is made, it deliberately omits reference to *habeas corpus*. That this was not an oversight but a well considered decision is indicated by s. 17(5) of the Act, which expressly confers exclusive jurisdiction on the Federal Court with respect to an application for *habeas corpus* by a member of the Canadian Forces serving outside Canada. I agree with Laskin C.J. that because of its importance as a safeguard of the liberty of the subject *habeas corpus* jurisdiction can only be affected by express

soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, mais que, comme l'a dit le juge Dickson, maintenant Juge en chef, aux pp. 622 et 623, il y a lieu à *certiorari* «chaque fois qu'un organisme public a le pouvoir de trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d'une personne».

Sur la question de la compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, je souscris respectueusement à la conclusion du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Mitchell* et ce, essentiellement pour les raisons données par celui-ci qui, si je comprends bien, s'est fondé sur l'importance de rendre efficace la compétence en matière d'*habeas corpus* des cours supérieures provinciales et sur la distinction qui existe entre le *certiorari* aux fins d'annulation et le *certiorari* auxiliaire, ce dernier étant un outil de procédure ou de preuve conçu pour accroître l'efficacité de l'*habeas corpus*. Voici ce que le juge en chef Laskin dit au sujet de cette distinction à la p. 578:

Il me paraît très clair qu'il y a une différence marquée entre le *certiorari* auquel on a recours comme procédure permettant directement l'annulation d'une condamnation ou d'une ordonnance et le *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus* visant à rendre ce dernier plus efficace en exigeant, à cette fin, la communication du dossier.

À mon avis, il faut aborder cette question de la même manière que l'a fait le juge en chef Laskin, c'est-à-dire prendre pour point de départ que les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* traduisent l'intention manifeste du législateur de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence en matière d'*habeas corpus* pour vérifier la validité d'une détention imposée par les autorités fédérales. Bien que l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère une compétence exclusive et très générale pour contrôler les décisions des autorités fédérales au moyen des brefs de prérogative et des recours extraordinaires, lesquels sont expressément mentionnés, toute mention de l'*habeas corpus* a été délibérément omise. Qu'il s'agisse là non pas d'un oubli mais d'une décision bien pesée ressort du par. 17(5) de la Loi, qui investit expressément la Cour fédérale d'une compétence exclusive relativement à une demande d'*habeas corpus* présentée par un membre des Forces canadiennes en service à l'étranger. D'accord avec le juge en chef Laskin,

words. One may think of reasons why it was thought advisable to leave the *habeas corpus* jurisdiction with respect to federal authorities with the provincial superior courts, including the importance of the local accessibility of this remedy. The important thing, as I see it, is that the decision to create this exception to the exclusive review jurisdiction of the Federal Court, with whatever problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction it might cause, is really determinative of the question of jurisdiction to issue *certiorari* in aid. There can be no doubt that *certiorari* in aid is important, if not essential, to the effectiveness of *habeas corpus*. This was emphasized by both Anderson J.A., with whom the other members of the British Columbia Court of Appeal agreed on this issue in *Cardinal*, and by Cory J.A. in the case at bar. In many cases it may not be possible for a court to determine whether there has been an absence or excess of jurisdiction if the record of the tribunal which imposed or authorized the detention is not brought before it. The importance of *habeas corpus* itself, and by implication the importance of maintaining it as a fully effective remedy is, as Laskin C.J. observed, given particular emphasis by its inclusion as a guaranteed right in s. 2(c)(iii) of the *Canadian Bill of Rights*. To this recognition may now be added the constitutional guarantee of the right to *habeas corpus* in s. 10(e) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Because of the clear intention to leave the *habeas corpus* jurisdiction over federal authorities with the provincial superior courts and the importance of *certiorari* in aid to the effectiveness of *habeas corpus*, it cannot, in my opinion, have been intended that the reference to *certiorari* in s. 18 of the *Federal Court Act* should have the effect of undermining or weakening the *habeas corpus* jurisdiction of the provincial superior courts by the exclusion or denial of *certiorari* in aid. Certainly such a construction is to be avoided if at all possible. It can be avoided by application of the distinction emphasized by Laskin C.J. between *certiorari* as an independent and separate mode of review having as its object to quash the decision of an inferior tribunal and *certiorari* as an ancillary procedure used to serve an essentially evidentiary purpose. A very full discussion of this

j'estime qu'en raison de son importance à titre de protection de la liberté individuelle, la compétence en matière d'*habeas corpus* ne saurait être modifiée que par des termes explicites. On peut penser à plusieurs raisons, y compris l'importance de voir à ce qu'il soit possible d'obtenir ce recours à l'échelon local, pour lesquelles on a jugé bon de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence pour délivrer un *habeas corpus* contre des autorités fédérales. L'élément capital, à mon sens, est ceci: ce qui tranche en réalité la question de la compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire est la décision de créer, avec tout ce que cela risque d'engendrer comme problèmes de partage ou de chevauchement de compétences, cette exception à la compétence exclusive de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire. Il ne fait pas de doute que le *certiorari* auxiliaire est important, sinon essentiel, pour rendre l'*habeas corpus* efficace. C'est ce qu'ont souligné à la fois le juge Anderson, à l'avis duquel les autres membres de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique se sont rangés sur cette question dans l'arrêt *Cardinal*, et le juge Cory dans la présente affaire. Dans bien des cas il peut être impossible à une cour de se prononcer sur l'absence ou l'excès de compétence si l'on ne produit pas le dossier du tribunal qui a ordonné ou autorisé la détention. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Laskin, l'importance de l'*habeas corpus* lui-même et, par suite, l'importance de son maintien à titre de recours complètement efficace, ressortent particulièrement du fait que c'est un droit garanti inclus dans le sous-al. 2c)(iii) de la *Déclaration canadienne des droits*. À cette reconnaissance s'ajoute maintenant la garantie constitutionnelle du droit à l'*habeas corpus* énoncée à l'al. 10e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En raison de l'intention manifeste de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence en matière d'*habeas corpus* à l'égard des autorités fédérales et en raison de l'importance du *certiorari* auxiliaire pour rendre l'*habeas corpus* efficace, on n'a pas pu, selon moi, vouloir que la mention du *certiorari* à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* ait pour effet de miner ou d'affaiblir, par l'exclusion ou le refus du *certiorari* auxiliaire, la compétence des cours supérieures provinciales en matière d'*habeas corpus*. Indu-

distinction, with reference to many of the decisions in which it has been noted and applied, is to be found in Cromwell, "Habeas Corpus and Correctional Law" (1977), 3 *Queen's L.J.* 295 at pp. 320-23. Applying the distinction to the reference to *certiorari* in s. 18 of the *Federal Court Act*, it is reasonable to conclude, because of the association in that section of *certiorari* with the other prerogative and extraordinary remedies, that the reference is to the independent remedy of *certiorari* to quash. It is unlikely that Parliament intended to confer an exclusive jurisdiction to issue *certiorari* in aid when it had clearly withheld the jurisdiction to issue *habeas corpus*. For these reasons I conclude that a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to review the validity of a detention authorized or imposed by a federal board, commission or other tribunal as defined by s. 2 of the *Federal Court Act*, and that accordingly the Ontario Court of Appeal did not err in concluding as it did on this issue.

### III

In view of this conclusion on the question of jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* it may not be strictly necessary to deal with the question which was treated as an alternative issue by the British Columbia Court of Appeal in *Cardinal* and by the Ontario Court of Appeal in the case at bar—whether on *habeas corpus* without *certiorari* in aid a court may consider affidavit or other extrinsic evidence to determine whether there has been an absence or excess of jurisdiction. It is well established that affidavit evidence is admissible on *certiorari* to show jurisdictional error. Both courts of appeal were led, however, by

bitablement, une telle interprétation est autant que possible à éviter. On peut l'éviter en appliquant la distinction, sur laquelle a insisté le juge en chef Laskin, entre le *certiorari* en tant que méthode de contrôle indépendante et distincte dont l'objet est l'annulation d'une décision d'un tribunal inférieur, et le *certiorari* en tant que procédure auxiliaire servant essentiellement à établir une preuve. On trouve dans Cromwell, «Habeas Corpus and Correctional Law» (1977), 3 *Queen's L.J.* 295, aux pp. 320 à 323, une analyse très détaillée de cette distinction, où l'on se réfère à un bon nombre de décisions où la distinction a été mentionnée et appliquée. Si on l'applique au *certiorari* visé à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il est raisonnable de conclure, étant donné que dans cet article le *certiorari* fait partie d'une énumération des brefs de prérogative et des recours extraordinaires, qu'il s'agit du recours indépendant en *certiorari* pour l'annulation d'une décision. Il est peu probable que le législateur ait voulu conférer une compétence exclusive pour délivrer un *certiorari* auxiliaire puisqu'il n'a manifestement pas donné compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus*. Pour ces raisons j'estime qu'une cour supérieure provinciale a compétence pour délivrer un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire aux fins d'examiner la validité d'une détention autorisée ou ordonnée par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que, par conséquent, la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario sur ce point n'est pas entachée d'erreur.

### III

Vu cette conclusion sur la question de la compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, il peut ne pas être strictement nécessaire d'étudier la question, qui a été traitée comme une question subsidiaire par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Cardinal* et par la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire; il s'agit de la question de savoir si, dans le cas d'une demande d'*habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire, une cour peut prendre en considération un affidavit ou d'autre preuve extrinsèque afin de déterminer s'il y a eu défaut ou excès de compétence. Il est bien établi que, dans le cas

their analysis of this question to reach a conclusion on it at variance with that of Ritchie J. in *Mitchell*, without much explicit consideration of the jurisprudence of this Court on which the opinion of Ritchie J. purported to be based. Moreover, this question may well be an issue in the *Morin* appeal. For these reasons it is probably desirable that it be dealt with here in order to remove the uncertainty which now necessarily exists concerning it.

In *Mitchell*, affidavit evidence was introduced in support of the appellant's contention that he was arrested without the previous issue of a warrant of suspension by the National Parole Board, as required by s. 16(1) of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2; that he was not informed of the reason for his arrest, as required by s. 2(c)(i) of the *Canadian Bill of Rights*; and that he was not afforded an opportunity to be heard on the suspension or revocation of his parole, as required by s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. These were clearly jurisdictional issues. Ritchie J. held that on the application for *habeas corpus* the Court was confined to the consideration of what appeared on the face of the following documents: the warrant of committal purporting to be based on the suspension of the appellant's parole; the warrant of apprehension issued by the Board upon revocation of the appellant's parole; and the warrant of committal based on the revocation and the warrant of apprehension. He said, with reference to these documents, at p. 590:

On the return of the writ before him, Chief Justice Dewar was confined to a consideration of the facts disclosed on the face of the documents relating to the cause of the taking and detaining of the said Fred Mitchell.

and further with reference to this question, he said at p. 594:

d'une demande de *certiorari*, une preuve par affidavit est admissible pour établir une erreur de compétence. Toutefois, l'analyse de cette question qu'ont entreprise les deux cours d'appel les a amenées à une conclusion différente de celle du juge Ritchie dans l'arrêt *Mitchell*, sans qu'elles aient examiné très explicitement la jurisprudence de cette Cour sur laquelle devait reposer l'opinion du juge Ritchie. D'autre part, il se peut bien que la même question soit soulevée par le pourvoi formé dans l'affaire *Morin*. C'est pourquoi il est probablement souhaitable de la traiter ici pour écarter l'incertitude qui, nécessairement, règne maintenant à son égard.

Dans l'affaire *Mitchell*, on a produit un affidavit à l'appui de l'argument de l'appelant qu'on l'avait arrêté sans que la Commission nationale des libérations conditionnelles ait au préalable lancé un mandat de suspension conformément au par. 16(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2; qu'on ne l'avait pas informé des motifs de son arrestation comme l'exige le sous-al. 2c)(i) de la *Déclaration canadienne des droits*; et que, contrairement à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, on ne lui avait pas donné la possibilité d'être entendu relativement à la suspension ou à la révocation de sa libération conditionnelle. Visiblement, ces questions se rapportaient à la compétence. Le juge Ritchie a conclu que la cour saisie de la demande d'*habeas corpus* devait s'en tenir à l'examen de ce qui se dégageait de la lecture des documents suivants: le mandat de dépôt, censément fondé sur la suspension de la libération conditionnelle de l'appelant; le mandat d'arrestation lancé par la Commission à la suite de la révocation de la libération conditionnelle de l'appelant; et le mandat de dépôt fondé sur la révocation et sur le mandat d'arrestation. À la page 590, le juge Ritchie dit relativement à ces documents:

Au rapport du bref, le juge en chef Dewar devait se limiter à l'examen des faits apparaissant à la lecture des documents concernant la cause de l'arrestation et de la détention dudit Fred Mitchell.

Puis, sur le même sujet, il ajoute, à la p. 594:

As I have pointed out, Chief Justice Dewar in the hearing before him on the return of the writ of *habeas corpus*, was confined to a consideration of the facts contained on the face of the warrants then produced, and in my view the statements made in the appellant's affidavits were not properly before him and it is apparent from his reasons for judgment that he did not take them into consideration. The law in this regard is set out in the judgment of Judson J. in *Re Shumiatcher*, [1962] S.C.R. 38, an application for *habeas corpus* in which, after having reviewed the relevant cases and having observed that the jurisdiction of this Court was concurrent with that of the judges of the superior Courts of the Provinces in matters of *habeas corpus*, he went on to say:

My jurisdiction is limited to a consideration of the warrant of committal and the other material that I have referred to—the recognizances and the order of Judge Hogarth. I cannot look at evidence, whether a transcript of the evidence at the preliminary hearing or evidence sought to be introduced by way of affidavit identifying a portion of such evidence.

In *Re Shumiatcher*, [1962] S.C.R. 38, the relevant issue was whether the Court could look at certain solemn declarations which the applicant for *habeas corpus* was charged with having induced a person to make, knowing them to be false, and thereby being a party, by virtue of s. 22(1) of the *Criminal Code*, to the offence defined by s. 114 (now s. 122). The application for *habeas corpus* challenged the validity of the committal for trial on the ground that the person making the solemn declarations was not a person permitted, authorized or required by law to make them, within the meaning of s. 114. The solemn declarations made reference to a statement of claim. Judson J. framed the issue as follows at p. 45:

This brings me to the question of what use may be made of this material on a motion for *habeas corpus* before a judge of this Court.

The Crown's submission is that I am limited to looking at the warrant of committal and that I cannot look at these declarations and the statement of claim any more than I can look at the evidence—seven or eight volumes of it—given on the preliminary hearing.

Comme je l'ai signalé, le juge en chef Dewar, lors de l'audition sur le rapport du bref d'*habeas corpus*, devait s'en tenir à l'examen des faits apparaissant à la lecture des mandats alors produits, et, à mon avis, les affirmations de l'appelant contenues dans les déclarations sous serment ne lui étaient pas présentées de façon régulière et il appert de ses motifs de jugement qu'il ne les a pas prises en considération. Le juge Judson a indiqué dans l'arrêt *In re Shumiatcher*, [1962] R.C.S. 38, le principe juridique en cette matière. Il s'agissait d'une requête en *habeas corpus* et, après avoir examiné les arrêts pertinents et fait remarquer que la juridiction de cette Cour était concurrente avec celle des juges de la Cour supérieure des provinces en matière d'*habeas corpus*, le juge Judson continuait en disant:

[TRADUCTION] Ma compétence se limite à l'examen du mandat de dépôt et des autres documents que j'ai mentionnés—les engagements souscrits et l'ordonnance du juge Hogarth. Je ne puis examiner la preuve, qu'il s'agisse des notes sténographiques des témoignages à l'enquête préliminaire ou de la preuve qu'on tente d'introduire au moyen d'une déclaration sous serment portant sur une partie de ces témoignages.

Dans l'arrêt *Re Shumiatcher*, [1962] R.C.S. 38, la question pertinente était de savoir si la Cour pouvait examiner certaines déclarations solennelles qu'on accusait le demandeur de l'*habeas corpus* d'avoir incité une personne à faire, sachant qu'elles étaient fausses et devenant ainsi, aux termes du par. 22(1) du *Code criminel*, une partie à l'infraction définie par l'art. 114 (maintenant l'art. 122). La demande d'*habeas corpus* contestait la validité du renvoi à procès au motif que l'auteur des déclarations solennelles n'était pas, au sens de l'art. 114, une personne ayant la permission, l'autorisation ou l'obligation d'après la loi de les faire. Ces déclarations solennelles faisaient mention d'une déclaration introductive d'instance. À la page 45, le juge Judson formule la question en litige de la manière suivante:

[TRADUCTION] Voilà qui m'amène à la question de l'usage qu'on peut faire de ces documents dans le cadre d'une requête en *habeas corpus* devant un juge de cette Cour.

La poursuite soutient que je dois me limiter à un examen du mandat de dépôt et que je ne puis tenir compte de ces déclarations ni de la déclaration introductive d'instance pas plus que je ne puis étudier les témoignages, qui remplissent sept ou huit volumes, donnés à l'enquête préliminaire.



After quoting from the judgments of this Court in *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111, *Ex parte Macdonald* (1896), 27 S.C.R. 683, and *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431, with reference to *habeas corpus* against a warrant of committal after conviction, and observing that this Court did not have jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*, Judson J. concluded on this issue as follows at p. 47:

In my opinion the jurisdiction of this Court is similarly limited in an inquiry into a committal for trial. In the absence of power to issue a writ of *certiorari* in aid of *habeas corpus*, a judge of this Court has no power to look at the evidence at the preliminary hearing or to receive affidavit evidence relating to it.

My jurisdiction is limited to a consideration of the warrant of committal and the other material that I have referred to—the recognizances and the order of Judge Hogarth. I cannot look at evidence, whether a transcript of the evidence at the preliminary hearing or evidence sought to be introduced by way of affidavit identifying a portion of such evidence.

I am founding my reasons on this branch of the case entirely on that principle and I am expressing no opinion on the point on which I heard full argument—whether there does exist, by virtue of provincial legislation, permission to take a declaration of this kind.

In *Goldhar*, the issues raised on the application for *habeas corpus* were the regularity on its face of a Calendar of Sentences as a certificate of the appellant's conviction and the applicable maximum penalty, having regard to a change that had taken place in the law. Fauteux J. (as he then was), with whom Taschereau, Abbott and Judson JJ. concurred, expressed the rationale for the exclusion of extrinsic evidence on an application for *habeas corpus* as follows at p. 439:

The question, which counsel for the appellant admittedly sought to be determined by way of *habeas corpus* proceedings, is stated in the reasons for judgment of other members of the Court. In my view, it is one which would require the consideration of the evidence at trial and which, in this particular case, extends beyond the

Ayant cité des extraits tirés des arrêts de cette Cour *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111, *Ex parte Macdonald* (1896), 27 R.C.S. 683, et *Goldhar v. The Queen*, [1960] R.C.S. 431, relatifs au recours à l'*habeas corpus* pour attaquer un mandat de dépôt lancé à la suite d'une déclaration de culpabilité, et ayant fait remarquer que cette Cour n'avait pas compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, le juge Judson, à la p. 47, est arrivé aux conclusions suivantes sur cette question:

[TRADUCTION] À mon avis, la compétence de cette Cour souffre une restriction semblable dans le cas d'une enquête sur un renvoi au procès. À défaut de compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, un juge de cette Cour n'est pas autorisé à examiner les témoignages donnés à l'enquête préliminaire ni à recevoir une preuve par affidavit à son égard.

Ma compétence se limite à un examen du mandat de dépôt et des autres documents dont j'ai fait mention, savoir les engagements souscrits et l'ordonnance du juge Hogarth. Je ne puis étudier aucune preuve, qu'il s'agisse d'une transcription des témoignages donnés à l'enquête préliminaire ou d'une preuve qu'on cherche à introduire par voie d'affidavit identifiant une partie de ces témoignages.

Sur cet aspect de l'affaire, je m'appuie entièrement sur ce principe-là et je n'exprime pas d'opinion sur la question, débattue à fond devant moi, de savoir si la loi provinciale autorise à recevoir ce genre de déclaration.

Dans l'affaire *Goldhar*, la demande d'*habeas corpus* soulevait la question de savoir si une liste de condamnations constituait un certificat en bonne et due forme du verdict de culpabilité rendu contre l'appelant et la question de la peine maximale applicable compte tenu d'une modification qui avait été apportée à la loi. Le juge Fauteux (alors juge puîné), à l'avis duquel les juges Taschereau, Abbott et Judson ont souscrit, a exprimé, à la p. 439, la raison fondamentale de l'exclusion de toute preuve extrinsèque dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*:

[TRADUCTION] La question, que l'avocat de l'appellant reconnaît avoir essayé de faire trancher par voie d'*habeas corpus*, est formulée dans les motifs de jugement des autres membres de la Cour. À mon avis, cette question nécessiterait l'examen de la preuve produite en première instance, ce qui, en l'espèce, dépasse les limites

scope of matters to be inquired under a similar process. To hold otherwise would be tantamount to convert the writ of *habeas corpus* into a writ of error or an appeal and to confer, upon every one having authority to issue the writ of *habeas corpus*, an appellate jurisdiction over the orders and judgments of even the highest Courts. It is well settled that the functions of such a writ do not extend beyond an inquiry into the jurisdiction of the Court by which process the subject is held in custody and into the validity of the process upon its face.

I agree with the view that the appellant has been convicted and sentenced by a Court of competent jurisdiction, that the Calendar is a certificate regular on its face that the appellant has been so convicted and sentenced and that, with the material before him, Martland J. rightly dismissed the application for a writ of *habeas corpus*.

The above passage, in my respectful opinion, reflects the true distinction or criterion respecting the consideration of extrinsic evidence on an application for *habeas corpus*—the distinction between issues going to the merits and issues going to jurisdiction. The issues in both *Shumiatcher* and *Goldhar* were clearly issues going to the merits. The same is true of *Re Trepanier*, where the applicant alleged that the convicting magistrate erred on the facts in convicting him. He sought a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid to bring up the record of the proceedings to ascertain whether there was sufficient evidence to convict. This was clearly an attempt to employ *habeas corpus* to review the merits of a conviction. Ritchie C.J. said at p. 113:

The jurisdiction of the magistrate being unquestionable over the subject-matter of complaint and the person of the prisoner, and there being no ground for alleging that the magistrate acted irregularly or beyond his jurisdiction, and the conviction and warrant being admitted to be regular, the only objection being that the magistrate erred on the facts and that the evidence did not justify the conclusion as to the guilt of the prisoner arrived at by the magistrate, I have not the slightest hesitation in saying that we cannot go behind the conviction and inquire into the merits of the case by the use of the writ of *habeas corpus*.

des questions pouvant être étudiées dans une telle procédure. Toute autre conclusion reviendrait à transformer le bref d'*habeas corpus* en un bref d'erreur ou en appel et à conférer à toute personne autorisée à délivrer un bref d'*habeas corpus* une compétence d'appel à l'égard des ordonnances et des jugements même des plus hautes instances. Or, il est bien établi qu'un tel bref ne permet pas d'entreprendre davantage qu'une enquête sur la compétence de la cour qui a ordonné la détention et sur la validité apparente de l'ordonnance en question.

Je suis d'accord pour dire que l'appelant a été reconnu coupable et condamné par une cour compétente, que la liste est un certificat en bonne et due forme de la déclaration de culpabilité et de la condamnation de l'appelant et que, compte tenu des documents dont il disposait, c'est à bon droit que le juge Martland a rejeté la demande de bref d'*habeas corpus*.

Le passage que je viens de citer exprime, à mon respectueux avis, la véritable distinction ou le véritable critère en ce qui concerne l'examen d'une preuve extrinsèque dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*; il s'agit de la distinction entre les questions de fond et les questions de compétence. Aussi bien dans l'arrêt *Shumiatcher* que dans l'arrêt *Goldhar* on était manifestement en présence de questions de fond. Il en va de même de l'affaire *Re Trepanier*, où le requérant a allégué que le magistrat qui l'avait déclaré coupable avait commis une erreur quant aux faits. Le requérant a donc demandé un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire qui aurait exigé la production du dossier des procédures afin de déterminer si la preuve était suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité. C'était clairement une tentative d'utiliser l'*habeas corpus* pour examiner le bien-fondé d'une déclaration de culpabilité. Le juge en chef Ritchie a dit, à la p. 113:

[TRADUCTION] Le magistrat a incontestablement compétence sur le sujet de la plainte et sur la personne du détenu; l'allégation que le magistrat a agi de façon irrégulière ou qu'il a excédé sa compétence est sans fondement; de plus, on reconnaît la régularité de la déclaration de culpabilité et du mandat, les seuls motifs de contestation étant que le magistrat a commis une erreur quant aux faits et que la preuve ne lui permettait pas de conclure à la culpabilité du détenu. Je n'ai donc aucune hésitation à dire que nous ne pouvons, au moyen d'un bref d'*habeas corpus*, examiner le bien-fondé de la déclaration de culpabilité ni mener une enquête sur le fond de l'affaire.

In the subsequent case of *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, the issues were jurisdictional but the Court held that extrinsic evidence could not be considered on *habeas corpus* to contradict the record of a superior court that is regular on its face. The conviction and sentence by the court of oyer and terminer and general gaol delivery had been confirmed by the Supreme Court of British Columbia and Ritchie C.J. spoke in terms of the conclusive character of the record of a superior court as follows at p. 191:

I venture to propound without fear of successful contradiction, that by the law of England and of this Dominion, where the principles of the common law prevail, that if the record of a superior court contains the recital of facts requisite to confer jurisdiction, which the records in this case did, it is conclusive and cannot be contradicted by extrinsic evidence; and if the superior courts have jurisdiction over the subject-matter and the person, as the court of oyer and terminer and general gaol delivery and the Supreme Court of British Columbia had in this case, the records of their judgments and sentences are final and conclusive, unerring verity, and the law will not, in such a case, allow the record to be contradicted.

and he emphasized the distinction in this respect between the records of inferior courts and those of superior courts as follows at p. 193:

And I venture humbly, and with all respect, to suggest that the difficulty in this case has arisen from a misapprehension of what can, and what cannot, be done under a writ of *habeas corpus*, but more especially from not duly appreciating the distinction between the validity and force of records of courts of inferior, and of courts of superior, jurisdiction, but treating records of superior and inferior courts as being of the same force and effect.

*Re Sproule* was applied by this Court in *Ex parte Macdonald, supra*, and *Re Henderson*, [1930] S.C.R. 45, where there were jurisdictional issues involved, in support of the more general or unqualified proposition that the Court was limited on *habeas corpus* to an examination of the warrant of committal in determining whether there had been an absence or excess of jurisdiction.

L'arrêt subséquent *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; soulevait des questions de compétence, mais la Cour a conclu qu'on ne saurait, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, se fonder sur des preuves extrinsèques pour contredire le dossier apparemment régulier d'une cour supérieure. La Cour suprême de la Colombie-Britannique avait confirmé la déclaration de culpabilité et la peine prononcées par la cour d'oyer et terminer et d'évacuation des prisons, et, à la p. 191, le juge en chef Ritchie a parlé du caractère concluant du dossier d'une cour supérieure en ces termes:

[TRADUCTION] Je suis prêt à soutenir sans crainte de contradiction que, selon le droit d'Angleterre et du Canada, lorsque les principes de *common law* s'appliquent, si le dossier d'une cour supérieure contient l'exposé de faits nécessaire pour qu'il y ait attribution de compétence, ce qui est le cas en l'espèce, ce dossier est concluant et ne saurait être contredit par une preuve extrinsèque; et si les cours supérieures ont compétence sur le sujet et sur la personne, comme l'avaient dans la présente affaire la cour d'oyer et terminer et d'évacuation des prisons et la Cour suprême de la Colombie-Britannique, les dossiers contenant leurs jugements et condamnations sont définitifs et concluants, la vérité absolue, et, cela étant, le dossier ne peut en droit être contredit.

Puis, il a souligné la distinction à cet égard entre les dossiers de cours inférieures et ceux de cours supérieures, disant à ce propos, à la p. 193:

[TRADUCTION] Et je me permets de suggérer humblement et en toute déférence que la difficulté en l'espèce vient d'une conception erronée de ce qu'on peut et de ce qu'on ne peut pas faire en vertu d'un bref d'*habeas corpus*; mais, plus particulièrement, la difficulté résulte de ce qu'on saisit imparfaitement la différence de validité et d'effet entre les dossiers de cours de juridiction inférieure et ceux de cours de juridiction supérieure, de sorte qu'on considère les deux types de dossiers comme ayant la même validité et le même effet.

Dans les arrêts *Ex parte Macdonald*, précité, et *Re Henderson*, [1930] R.C.S. 45, portant sur des questions de compétence, cette Cour a appliqué l'arrêt *Re Sproule* pour appuyer la proposition plus générale ou absolue selon laquelle la Cour, saisie d'une demande d'*habeas corpus*, doit s'en tenir à un examen du mandat de dépôt en déterminant s'il y a eu défaut ou excès de compétence.

Thus the true basis of this Court's jurisprudence with respect to the admission or consideration of extrinsic evidence on an application for *habeas corpus* consists of two principles: the principle that extrinsic evidence must not be permitted to convert an application for *habeas corpus* into an appeal on the merits, and the principle that the record of a superior court is conclusive as to the facts on which the court's jurisdiction depends and cannot be contradicted by extrinsic evidence. It has been suggested that the Court was particularly concerned about the first principle when it was exercising an original jurisdiction in respect of *habeas corpus*, and that this may have led to the broad and unqualified expression of the rule respecting the consideration of extrinsic evidence on *habeas corpus* that is to be found in some of its decisions. See Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), p. 51, note 2. With respect to the second principle, I agree with the suggestion in Sharpe, "Habeas Corpus in Canada" (1975), 2 *Dalhousie L.J.* 241 at p. 261, that it should apply only to the records of superior courts or courts of general common law jurisdiction. In *Mitchell*, neither of these principles was applicable. As I have indicated, the grounds of attack were clearly jurisdictional, and the record, dependent as it was on the proceedings and decisions of an inferior tribunal, was not of the character entitled to be treated as conclusive of the facts of jurisdiction. In my respectful opinion, the view expressed in *Mitchell* that the affidavit evidence could not be considered went beyond the true basis of the Court's jurisprudence on this question. In fact, two members of the majority in the result (Martland and de Grandpré JJ.), as well as the minority (Laskin C.J., Spence and Dickson JJ.) did consider the affidavit evidence in deciding whether there had been an absence or excess of jurisdiction in ordering the detention.

As the British Columbia and Ontario Courts of Appeal pointed out in *Cardinal* and in the case at bar, it may only be possible to establish jurisdictional error on *habeas corpus* by affidavit evi-

Il s'ensuit que la jurisprudence de cette Cour concernant l'admission ou l'examen d'une preuve extrinsèque dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* a pour fondement véritable deux principes, savoir: le principe selon lequel il ne faut pas permettre qu'une preuve extrinsèque ait pour effet de transformer une demande d'*habeas corpus* en un appel sur le fond, et le principe selon lequel le dossier d'une cour supérieure est concluant quant aux faits dont dépend sa compétence et ne peut être contredit par une preuve extrinsèque. Il a été dit que le premier principe constituait une préoccupation particulière de la Cour quand elle avait à exercer une compétence de première instance en matière d'*habeas corpus* et que cela explique peut-être pourquoi certains de ses arrêts contiennent une expression de portée large et absolue de la règle relative à l'examen de preuves extrinsèques dans le cas d'une demande d'*habeas corpus*. Voir Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), p. 51, note 2. Pour ce qui est du second principe, je suis d'accord avec Sharpe qui dit dans «Habeas Corpus in Canada» (1975), 2 *Dalhousie L.J.* 241, à la p. 261, qu'il ne doit s'appliquer qu'aux dossiers des cours supérieures ou des cours de juridiction générale en *common law*. Dans l'arrêt *Mitchell*, ni l'un ni l'autre principe ne trouvait application. Comme je l'ai déjà souligné, les moyens invoqués dans cette affaire-là concernaient manifestement la compétence de la cour, et le dossier, puisqu'il dépendait des procédures et des décisions d'un tribunal inférieur, ne pouvait être considéré comme concluant relativement aux faits établissant la compétence. À mon respectueux avis, quand on dit dans l'arrêt *Mitchell* qu'il n'est pas permis d'examiner la preuve par affidavit, on s'éloigne du fondement véritable de la jurisprudence de la Cour sur cette question. En fait, deux des juges majoritaires (les juges Martland et de Grandpré) ainsi que les juges minoritaires (le juge en chef Laskin, les juges Spence et Dickson) ont tenu compte de la preuve par affidavit en décidant s'il y avait eu défaut ou excès de compétence lors que l'ordonnance de détention avait été rendue.

Comme l'ont souligné la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Cardinal* et la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, il est des cas où l'erreur de compétence ne peut

dence, even where the record is brought up by *certiorari* in aid. This is particularly true of a violation of natural justice or a denial of procedural fairness. This is a compelling reason, in my opinion, for confining the rule against consideration of extrinsic evidence of an application for *habeas corpus* within its proper boundaries.

Support for a broader approach to the admission or consideration of extrinsic evidence on *habeas corpus* to determine issues of jurisdiction may be found in the decision of the House of Lords in *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556, which was relied on by the Courts of Appeal in *Cardinal* and the case at bar. There it was held that fresh evidence was admissible on an application for *habeas corpus* to show that the magistrate lacked jurisdiction to make the committal order in an extradition case because the offence was of a political character. Lord Hodson appears to have held in effect that the rule concerning the admission of affidavit evidence on *habeas corpus* is the same as it is on *certiorari*, as suggested by the following passage at pp. 605-06:

Proceeding by *habeas corpus* is analogous to that by *certiorari* to remove a conviction, see Short and Mellor's Crown Practice (1908), p. 319. Affidavits are not admissible to controvert facts found by the judgment of a court of competent jurisdiction, though they may be received to show some extrinsic collateral matter essential to jurisdiction or to show total want or excess of jurisdiction.

I am therefore of the opinion that, subject to the limitation arising from the conclusive character of the records of courts of superior or general common law jurisdiction, a court may on an application for *habeas corpus* without *certiorari* in aid consider affidavit or other extrinsic evidence to determine whether there has been an absence or excess of jurisdiction.

être établie au cours d'une demande d'*habeas corpus* que par la preuve par affidavit même lorsque le dossier a pu être produit grâce à un *certiorari* auxiliaire. Cela est particulièrement vrai s'il y a eu violation des principes de justice naturelle ou négation de l'équité dans la procédure. Il s'agit là, selon moi, d'un motif irrésistible de circonscrire dans les limites qui lui sont propres la règle qui s'oppose à l'examen d'une preuve extrinsèque dans une demande d'*habeas corpus*.

L'arrêt de la Chambre des lords *Schtraks v. Government of Israel*, [1964] A.C. 556, sur lequel se sont fondées les cours d'appel dans l'arrêt *Cardinal* et dans la présente affaire, appuie un point de vue plus libéral à l'égard de l'admission ou de l'examen de preuves extrinsèques dans une demande d'*habeas corpus* pour trancher des questions de compétence. Dans cet arrêt on a conclu qu'une nouvelle preuve pouvait être admise relativement à une demande d'*habeas corpus* afin de démontrer que le magistrat n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance d'incarcération dans une affaire d'extradition en raison du caractère politique de l'infraction. Lord Hodson semble avoir conclu en fait que la règle relative à l'admission d'une preuve par affidavit dans le cas d'un *habeas corpus* est la même que celle qui s'applique à une demande de *certiorari*; c'est ce qui ressort de l'extrait suivant aux pp. 605 et 606:

[TRADUCTION] La procédure par voie d'*habeas corpus* est comparable à celle par voie de *certiorari* pour l'annulation d'une déclaration de culpabilité, voir Short and Mellor's Crown Practice (1908), à la p. 319. Les affidavits ne sont pas admissibles pour mettre en doute des conclusions de fait d'un tribunal compétent, bien qu'ils puissent être reçus pour établir un point accessoire extrinsèque qui est essentiel à la compétence ou pour prouver soit un défaut total de compétence soit un excès de compétence.

Je suis donc d'avis que, sous réserve de la restriction qui résulte du caractère concluant des dossiers de cours de juridiction supérieure ou de juridiction générale en *common law*, une cour saisie d'une demande d'*habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire peut examiner une preuve par affidavit ou d'autres preuves extrinsèques pour déterminer s'il y a eu défaut ou excès de compétence.

## IV

I turn to the question whether *habeas corpus* will lie to determine the validity of the confinement of an inmate of a penitentiary in a special handling unit and to obtain his release from such confinement, if it is found to be unlawful, into normal association with the general population of the penitentiary.

This issue turns on the view that one takes of the proper role of *habeas corpus* and the extent to which it should be adapted to the reality of the various forms of confinement or detention within penal institutions. An important policy consideration, in the context of the exclusive review jurisdiction of the Federal Court, is the extent to which the use of *habeas corpus* to determine the validity of a particular form of detention amounts to an indirect assumption of the Federal Court's review jurisdiction with respect to the administrative decisions of federal correctional authorities.

Those who oppose the resort to *habeas corpus* to challenge the validity of a particular form of confinement or detention in a penal institution contend that it fails to meet two essential conditions of the traditional availability of this remedy: (a) that there be a deprivation of liberty; and (b) that what is sought is the complete liberty of the applicant and not merely his or her transfer to another form of detention or restraint of liberty. This view of the traditional role of *habeas corpus* is reflected in the decisions in *Ex parte Rogers* (1843), 7 Jur. 992, and *R. v. Governor of Wandsworth Prison; ex parte Silverman* (1952), 96 Sol. J. 853. In *Rogers* a prisoner applied for *habeas corpus* to obtain his release from a part of a prison "where the confinement was stricter and the food more scanty" to the place in the prison where he had been confined before the transfer. In dismissing the application Denman C.J., with whom Williams, Coleridge and Wightman JJ. concurred, said: "It is quite clear that we cannot entertain this application. The object of the writ of *habeas corpus* is, generally, to restore a person to his liberty, not to pronounce a judgment as to the room or part of a prison in

## IV

Voilà qui m'amène à la question de savoir si l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour décider de la validité de l'incarcération d'un détenu dans une unité spéciale de détention d'un pénitencier et, si cette détention est jugée illégale, pour obtenir sa réintégration dans la population générale du pénitencier.

Au cœur de cette question est l'opinion qu'on peut avoir du rôle véritable de l'*habeas corpus* et de la mesure dans laquelle ce recours doit être adapté à la réalité des différents types d'incarcération et de détention qui existent dans les établissements pénitentiaires. Une considération importante de politique générale, dans le contexte de la compétence exclusive de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire, est la mesure dans laquelle le recours à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particulière de détention constitue une appropriation indirecte du pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour fédérale à l'égard des décisions administratives des autorités correctionnelles fédérales.

Ceux qui s'opposent au recours à l'*habeas corpus* pour contester la validité d'une forme particulière d'incarcération ou de détention dans un établissement pénitentiaire soutiennent qu'on ne satisfait pas à deux conditions essentielles auxquelles a été traditionnellement soumise l'obtention de ce recours: a) il faut une privation de liberté et b) il faut viser la liberté totale du requérant et non pas simplement son transfert à un autre type de détention ou de privation de liberté. Cette conception du rôle traditionnel de l'*habeas corpus* se manifeste dans les affaires *Ex parte Rogers* (1843), 7 Jur. 992, et *R. v. Governor of Wandsworth Prison; ex parte Silverman* (1952), 96 Sol. J. 853. Dans l'affaire *Rogers*, un détenu a tenté d'obtenir par voie d'*habeas corpus* son transfert d'une partie d'une prison [TRADUCTION] «où l'incarcération était plus stricte et les repas plus maigres» à l'endroit, dans la même prison, où il avait été détenu auparavant. En rejetant la demande, le juge en chef Denman, à l'avis duquel les juges Williams, Coleridge et Wightman se sont rangés, a dit: [TRADUCTION] «Il est bien évident que nous ne pouvons faire droit à cette demande.

which a prisoner ought to be confined.” In *Silverman*, a prisoner in preventive detention complained that he was not receiving the special treatment which the applicable statute required to be provided, and he sought by an application for *habeas corpus* to be transferred to a place where such treatment was provided. In dismissing the application for *habeas corpus* Hilbery J. is reported to have held that if a writ of *habeas corpus* were issued, “the only question would be whether the applicant should be released or not; and the prison governor’s return would state that he was being detained under a sentence of preventive detention, which would be a perfectly good answer”.

These cases were relied on by Hugessen A.C.J. (as he then was) in *Berrouard v. The Queen*, an unreported judgment of November 30, 1981, and related unreported decisions (referred to by the Quebec Court of Appeal in *Morin*) in dismissing applications for *habeas corpus* to challenge the validity of confinement in what appears from the expressions used to have been a special handling unit. I quote from an English version of what he said, as reported in *Re Morin and Yeomans* (1982), 1 C.C.C. (3d) 438 at p. 441:

[TRANSLATION] These six motions for *habeas corpus* each raise the same point of law. In each case, the applicant alleges that he is at present serving a sentence and that he has been unjustifiably transferred into a special detention unit, or a special segregation unit.

An essential pre-condition to the granting of the remedy of *habeas corpus* is the privation of the subject’s liberty: *Masella v. Langlais* (1955), 112 C.C.C. 1, [1955] 4 D.L.R. 346, [1955] S.C.R. 263. Similarly, in a motion for *habeas corpus*, the principal object of this remedy is the obtaining of liberty for the subject; *R. v. Governor of Wandsworth Prison; Ex p. Silverman* (1952), 96 Sol. Jo. 853 (Queen’s Bench Div. Ct., Hilbery, Streatfeild and McNair JJ.); *Ex parte Rogers* (1843), 7 Jur. 992 (Court of Queen’s Bench, Denman C.J., Williams, Coleridge and Wightman JJ.). I have read with much interest the judgment of my colleague

Un bref d’*habeas corpus* a généralement pour objet de rendre à une personne sa liberté et non pas de décider de la pièce ou de la partie d’une prison où un détenu devrait être incarcéré.» Dans l’affaire *Silverman*, un détenu en détention préventive, alléguant qu’il ne recevait pas le traitement spécial exigé par la loi applicable, a cherché au moyen d’une demande d’*habeas corpus* à obtenir son transfert à un endroit où ce traitement était offert. Le juge Hilbery a rejeté la demande d’*habeas corpus*, concluant que, si un bref d’*habeas corpus* était délivré, [TRADUCTION] «la seule question en litige serait celle de l’opportunité de libérer le requérant; et le rapport du directeur de prison préciserait qu’il s’agissait d’une détention préventive, ce qui constituerait une réponse parfaitement valable».

Dans la décision inédite *Berrouard c. La Reine* en date du 30 novembre 1981 et dans des décisions connexes, également inédites, (auxquelles la Cour d’appel du Québec s’est référée dans l’arrêt *Morin*), le juge en chef adjoint Hugessen (maintenant juge de la Cour d’appel fédérale) s’est fondé sur cette jurisprudence pour rejeter des demandes d’*habeas corpus* qui contestaient la validité de l’incarcération dans ce qui paraît, d’après les expressions employées, avoir été une unité spéciale de détention. Je cite ci-après les motifs du juge en chef adjoint Hugessen reproduits dans l’arrêt *Morin c. Comité national chargé de l’examen des cas d’U.S.D. (Unité Spéciale de détention)*, [1982] C.A. 464, à la p. 466:

Ces six requêtes en *habeas corpus* soulèvent toutes et chacune le même point de droit. Dans chaque cas, le requérant allègue qu’il purge actuellement une sentence et qu’il a été injustement transféré dans une unité spéciale de détention ou dans une ségrégation spéciale.

Autant la privation de la liberté du sujet est une pré-condition essentielle au remède d’*habeas corpus* (*Masella c. Langlois*, [1955] R.C.S. 263), autant l’obtention éventuelle de cette même liberté doit être le principal objet du remède d’*habeas corpus* (R. c. *Governor of Wandsworth Prison*, (1952) 96 Sol. Jo. 853; *Rogers (Ex parte)*, (1843) 7 jur. 992). J’ai lu avec grand intérêt le jugement de mon collègue le juge en chef McEachern, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans l’affaire *Oswald v. Attorney-general* et *Cardinal v. Attorney-general*, jugement inédit en date du 30 décembre 1980. Avec tout le respect que je

Chief Justice McEachern, of the Supreme Court of British Columbia, in *Cardinal and Oswald v. Attorney-General*, an unreported judgment delivered on December 30, 1980. With all respect which I have for my colleague, I am not in agreement with his position that the writ of *habeas corpus* can be used to modify the conditions of a detention since, even if the writ is granted, the prisoner's detention will continue after the final judgment is delivered. This is also our case.

It accordingly follows that I am in agreement with the decision of my colleague Mr. Justice Jean-Paul Bergeron in the *Morin v. Yeomans* case, an unreported judgment delivered on November 18, 1981.

In *Morin*, which, as I have said, was a case of *habeas corpus* without *certiorari* in aid, Bergeron J. referred to the conclusion of McEachern C.J.S.C. in *Cardinal* that *habeas corpus* would lie to determine the validity of a particular form of detention in a penitentiary and said he could not agree with it. He held that judicial review of the administrative decisions of the federal correctional authorities fell within the exclusive jurisdiction of the Federal Court by way of *certiorari*. In his view, the conditions of detention of a person who was otherwise lawfully imprisoned under a valid warrant of committal could not give rise to *habeas corpus*. In dismissing the appeal from the judgment of Bergeron J., the Quebec Court of Appeal noted that the appellant had taken proceedings by way of *certiorari* in the Federal Court to challenge the validity of his confinement in the Special Handling Unit and that there would therefore be the danger of conflicting judgments if it were held that the superior court had jurisdiction to issue *habeas corpus* to determine the same issue. The Court of Appeal concluded that proceedings to challenge administrative action within federal penitentiaries was within the exclusive jurisdiction of the Federal Court. Thus it would appear that the Superior Court and the Court of Appeal in *Morin* were influenced in the view which they took of the proper application of *habeas corpus* by the implications of a concurrent or overlapping review jurisdiction with respect to the administrative decisions of the federal correctional authorities.

a dois à mon collègue, je ne suis pas d'accord avec la prétention que le bref d'*habeas corpus* peut être utilisé pour modifier les conditions d'une détention qui, même si le bref est maintenu, va subsister après le jugement final. C'est notre cas.

b Il va sans dire que je suis, en conséquence, d'accord avec la décision de mon collègue l'honorable juge Jean-Paul Bergeron dans l'affaire *Morin v. Yeomans*, jugement inédit en date du 18 novembre 1981.

c Dans l'arrêt *Morin*, où, je le répète, il s'agissait d'un *habeas corpus* sans *certiorari* auxiliaire, le juge Bergeron fait mention de la conclusion du juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Cardinal* selon laquelle on peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particulière de détention dans un pénitencier et déclare ne pas pouvoir l'accepter. En effet, il a conclu que le contrôle judiciaire des décisions administratives des autorités correctionnelles fédérales doit se faire par voie de *certiorari*, ce qui relève de la compétence exclusive de la Cour fédérale. À son avis, les conditions de détention d'une personne par ailleurs légalement détenue en vertu d'un mandat de dépôt valide ne donnent pas ouverture à *habeas corpus*. En rejetant l'appel de la décision du juge Bergeron, la Cour d'appel du Québec a souligné que l'appelant avait engagé des procédures de *certiorari* devant la Cour fédérale pour contester la validité de son incarcération dans l'unité spéciale de détention et qu'il y avait donc un risque de jugements contradictoires si l'on concluait que la Cour supérieure avait compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus* relativement à la même question. La Cour d'appel a conclu que des procédures visant à contester un acte administratif accompli au sein des pénitenciers fédéraux sont du ressort exclusif de la Cour fédérale. Il paraît donc que, dans l'affaire *Morin*, l'opinion de la Cour supérieure et de la Cour d'appel quant à l'applicabilité de l'*habeas corpus* a été influencée par les conséquences éventuelles d'un partage ou d'un chevauchement de la compétence de contrôle des décisions administratives prises par des autorités correctionnelles fédérales.



The British Columbia courts in *Cardinal* and the Ontario Court of Appeal in the case at bar applied the notion of a "prison within a prison" in holding that *habeas corpus* would lie to determine the validity of confinement in administrative segregation or a special handling unit, and if such confinement be found unlawful, to order the release of the inmate into the general population of the penitentiary. The concept of a "prison within a prison" is referred to by Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (1976), p. 149, where he speaks in favour of such an application of *habeas corpus*, and by Dickson J., as he then was, in *Martineau*, *supra*, where, with reference to the decision of the disciplinary board which sentenced the inmate for a disciplinary offence to 15 days in the penitentiary's special corrections unit, he said at p. 622:

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.

This statement reflects the perception that a prisoner is not without some rights or residual liberty (see also *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821 at p. 839) and that there may be significant degrees of deprivation of liberty within a penal institution. The same perception is reflected in the reasons for judgment of McEachern C.J.S.C. and Anderson J.A. in *Cardinal* and Cory J.A. in the case at bar on this issue. In effect, a prisoner has the right not to be deprived unlawfully of the relative or residual liberty permitted to the general inmate population of an institution. Any significant deprivation of that liberty, such as that effected by confinement in a special handling unit meets the first of the traditional requirements for *habeas corpus*, that it must be directed against a deprivation of liberty.

Moreover, the principle that *habeas corpus* will lie only to secure the complete liberty of the

Appliquant la notion d'une «prison au sein d'une prison», les cours de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Cardinal* ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, ont conclu que l'on peut recourir à l'*habeas corpus* pour déterminer la validité d'une incarcération en ségrégation administrative ou dans une unité spéciale de détention et, si cette incarcération est jugée illégale, pour ordonner la réintégration du détenu dans la population générale du pénitencier. Le concept d'une «prison au sein d'une prison» est mentionné par Sharpe dans *The Law of Habeas Corpus* (1976), à la p. 149, où il préconise l'application de l'*habeas corpus* dans ces situations, et par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Martineau*, précité, à la p. 622, où, relativement à la décision du comité de discipline qui, pour une infraction à la discipline, a condamné le détenu à passer 15 jours à l'unité spéciale de correction du pénitencier, il dit:

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.

Il ressort de ce passage qu'un détenu continue à jouir de certains droits ou d'une liberté résiduelle (voir aussi l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839) et que dans un établissement pénitentiaire il peut y avoir des gradations importantes de privation de liberté. Cette même idée se dégage des motifs de jugement du juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et du juge Anderson de la Cour d'appel dans l'affaire *Cardinal* et dans les motifs rédigés par le juge Cory en Cour d'appel dans la présente affaire. De fait, un prisonnier a le droit de ne pas être privé illégalement de la liberté relative ou résiduelle accordée à la population carcérale générale d'un établissement. Toute privation appréciable de cette liberté, comme celle qui résulte du transfert à une unité spéciale de détention, satisfait à la première des exigences traditionnelles pour la délivrance d'un bref d'*habeas corpus*, savoir qu'il y ait eu privation de liberté.

D'autre part, le principe selon lequel on ne peut recourir à l'*habeas corpus* que pour obtenir la

subject is not invariably reflected in its application. There are applications of *habeas corpus* in Canadian case law which illustrate its use to release a person from a particular form of detention although the person will lawfully remain under some other restraint of liberty. Examples are the use of *habeas corpus* to recover the custody of children (*Stevenson v. Florant*, [1927] A.C. 211, aff'g [1925] S.C.R. 532; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501); to release a person on parole where the parole has been unlawfully revoked (*Re Cadeddu* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135); and to transfer an inmate from an institution in which he has been unlawfully confined to another institution (*Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303; *Re Frejd* (1910), 22 O.L.R. 566). In all of these cases the effect of *habeas corpus* is to release a person from an unlawful detention, which is the object of the remedy. The use of *habeas corpus* to release a prisoner from an unlawful form of detention within a penitentiary into normal association with the general inmate population of the penitentiary is consistent with these applications of the remedy.

An enlarged approach to the concept of custody for purposes of *habeas corpus* is reflected in American case law. Formerly American courts took the view that *habeas corpus* would only lie where a favourable judgment would result in immediate release from all forms of detention: *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934). Since then the concept of custody has been greatly expanded to permit a wider use of *habeas corpus* for the protection of prisoners' rights. In *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963), where *habeas corpus* was held to be available to an applicant who was not in physical custody but on parole, the Court said at p. 243 that *habeas corpus* is "not now and never has been a static, narrow, formalistic remedy; its scope has grown to achieve its grand purpose—the protection of individuals against erosion of their right to be free from

liberté totale du détenu n'est pas toujours respecté dans la pratique. En effet, on trouve dans la jurisprudence canadienne des cas où l'*habeas corpus* a été utilisé pour obtenir la libération d'une personne d'une forme particulière de détention bien que cette personne demeurât légalement sous le coup d'un autre type de privation de liberté. Mentionnons à titre d'exemples, le recours à l'*habeas corpus* pour recouvrer la garde d'enfants (*Stevenson v. Florant*, [1927] A.C. 211, confirmant [1925] R.C.S. 532; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501); pour obtenir la libération conditionnelle d'une personne dont la libération conditionnelle a été illégalement révoquée (*Re Cadeddu* (1982), 4 C.C.C. (3d) 97; *Swan v. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135); et pour obtenir le transfert à un autre établissement d'une personne illégalement détenue dans un premier établissement (*Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303; *Re Frejd* (1910), 22 O.L.R. 566). Dans chacun de ces cas l'*habeas corpus* opère la libération d'une personne en détention illégale, ce qui est précisément l'objet du recours. Or, l'utilisation de l'*habeas corpus* pour effectuer la réintégration dans la population carcérale générale du pénitencier d'un détenu soumis à une forme illégale de détention est compatible avec les applications susmentionnées de ce recours.

Un élargissement du concept de la détention aux fins du recours en *habeas corpus* se reflète dans la jurisprudence américaine. Autrefois, les tribunaux américains estimaient que l'on pouvait recourir à l'*habeas corpus* seulement lorsqu'un jugement favorable entraînerait la libération immédiate de toutes les formes de détention: *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934). Depuis lors la portée du concept de la détention a connu un élargissement considérable pour permettre un recours plus large à l'*habeas corpus* pour la protection des droits des détenus. Dans l'affaire *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963), où il a été jugé qu'un *habeas corpus* peut être accordé à un requérant qui n'est pas physiquement détenu mais qui est en libération conditionnelle, la cour a dit, à la p. 243, que l'*habeas corpus* n'est pas [TRADUCTION] «maintenant ni n'a jamais été un recours statique, étroit et

wrongful restraints upon their liberty". In *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968), *habeas corpus* was allowed to challenge the validity of a sentence yet to be served. In *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969), *habeas corpus* was allowed to challenge the validity of a condition of confinement in the form of a prison regulation which limited the access of illiterate inmates to the courts by forbidding their fellow prisoners from serving as jailhouse lawyers. It was held that the unlawful regulations made the custody unlawful. In *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971), the United States Supreme Court reversed the Missouri courts which had held that *habeas corpus* would not lie where the object was not to secure the release of the petitioners from the penitentiary altogether but to challenge their living conditions and disciplinary measures. The Supreme Court affirmed the approach it had adopted in *Johnson v. Avery*. It should be noted, however, that in *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973), Stewart J., speaking for the majority, expressed himself in terms which might suggest that the question was regarded as still being open. He said at p. 499: "This is not to say that *habeas corpus* may not also be available to challenge such prison conditions. See *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483, (1969); *Wilwording v. Swenson*, *supra*, at 251. When a prisoner is put under additional and unconstitutional restraints during his lawful custody, it is arguable that *habeas corpus* will lie to remove the restraints making the custody illegal. See Note, Developments in the Law—Habeas Corpus, 83 Harv. L. Rev. 1038, 1084 (1970)". The note to which Stewart J. referred approved the approach adopted in the leading case of *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944), where it was said at p. 445: "A prisoner is entitled to the writ of *habeas corpus* when, though lawfully in custody, he is deprived of some right to which he is lawfully entitled even in his confinement, the deprivation of which serves to make his imprisonment more burdensome than the law allows or curtails his liberty to a greater extent than the law per-

formaliste; sa portée s'est élargie afin qu'il puisse remplir son objet premier—la protection des individus contre l'érosion de leur droit de ne pas voir imposer de restrictions abusives à leur liberté». Dans l'affaire *Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968), il a été permis de contester par voie d'*habeas corpus* la validité d'une peine qu'on n'avait pas encore commencé à purger. Dans l'affaire *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969), on a fait droit à une demande d'*habeas corpus* aux fins de contester la légitimité d'une condition d'incarcération, savoir un règlement carcéral qui limitait l'accès des détenus analphabètes aux tribunaux en défendant aux autres détenus de faire office d'avocats. Il a été jugé que le caractère illégal du règlement emportait l'illégalité de la détention. Dans l'arrêt *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971), la Cour suprême des États-Unis a infirmé les décisions des cours du Missouri qui avaient conclu que l'on ne pouvait recourir à l'*habeas corpus* lorsque le but n'était pas d'obtenir la libération totale des requérants du pénitencier, mais de contester leurs conditions de vie et les mesures disciplinaires. La Cour suprême a ainsi confirmé ce qu'elle avait dit dans l'arrêt *Johnson v. Avery*. Il est toutefois à noter que, dans l'arrêt *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973), le juge Stewart, parlant au nom de la majorité, s'est exprimé en des termes qui pourraient porter à croire que la question était considérée comme encore entière. À la page 499, il dit ce qui suit: [TRADUCTION] «Cela n'écarte pas la possibilité du recours à l'*habeas corpus* pour contester de telles conditions carcérales. Voir les arrêts *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969), et *Wilwording v. Swenson*, précité, à la p. 251. Lorsqu'un détenu est soumis à des mesures coercitives additionnelles et inconstitutionnelles au cours de sa détention légale, il est défendable de recourir à l'*habeas corpus* pour mettre fin aux mesures qui rendent la détention illégale. Voir Note, Developments in the Law—Habeas Corpus, 83 Harv. L. Rev. 1038, à la p. 1084 (1970).» La note mentionnée par le juge Stewart approuve la solution retenue dans l'arrêt de principe *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944), où l'on peut lire à la p. 445: [TRADUCTION] «Un détenu, quoique légalement incarcéré, a droit à un bref d'*habeas corpus* lorsqu'on porte atteinte à quelque

mits." After referring to *Coffin* the note states at pp. 1085-86:

No other circuit purports to follow *Coffin*. Most courts instead believe that habeas jurisdiction is lacking when the petitioner is not asking for the invalidation of a custody imposed by sentence, on the theory that the petitioner is not seeking a present or future release. But this fails to recognize that the lawfulness of a custody depends, not merely upon the legal basis for *some* kind of custody, but upon the lawfulness of the specific type and manner of confinement in question. Where the specific detention abridges federally protected interests—by placing petitioner in the wrong prison, denying him treatment, imposing cruel and unusual punishment, impeding his access to the courts, and so on—it is an unlawful detention and habeas lies to release the petitioner therefrom. It is immaterial that the petitioner might then be placed in a different, lawful custody or that his being sentenced to a term of confinement might itself be lawful. The custody requirement, and the corresponding insistence on discharge from custody, do not prevent habeas corpus from being an appropriate remedy for the review of unlawful prison administration.

Since that note was written the point of view expressed in it has been adopted by federal courts of appeal. See, for example, the following cases recognizing the availability of *habeas corpus* to challenge the validity of various forms of segregated confinement in a prison on the ground of a violation of due process: *McCullum v. Miller*, 695 F.2d 1044 (7th Cir. 1982); *Krist v. Ricketts*, 504 F.2d 887 (5th Cir. 1974); *Bryant v. Harris*, 465 F.2d 365 (7th Cir. 1972); *Dawson v. Smith*, 719 F.2d 896 (7th Cir. 1983); and *Streeter v. Hopper*, 618 F.2d 1178 (5th Cir. 1980).

After giving consideration to the two approaches to this issue, I am of the opinion that the better view is that *habeas corpus* should lie to determine the validity of a particular form of confinement in

droit dont il peut jouir même pendant son incarcération et que cette atteinte rend son emprisonnement plus pénible que cela n'est légalement permis ou qu'elle restreint sa liberté au-delà de ce qui est juridiquement autorisé.» Ayant fait mention de l'arrêt *Coffin*, la note continue aux pp. 1085 et 1086:

[TRADUCTION] Aucun autre circuit ne prétend suivre l'arrêt *Coffin*. Au contraire, la majorité des cours estiment que l'on ne peut recourir à l'*habeas corpus* lorsque le requérant ne demande pas l'annulation d'une détention imposée par suite d'une condamnation. Cette opinion repose sur ce que le requérant ne demande à être libéré ni immédiatement ni dans l'avenir. Toutefois, en cela on perd de vue que la légalité d'une détention n'est pas fonction uniquement de l'existence d'un fondement juridique pour une détention *quelconque*, mais tient à la légalité du type et du mode précis de détention. Lorsque la détention en question porte atteinte à des droits protégés par des lois fédérales, en ce sens que le requérant est placé dans la mauvaise prison, qu'on lui refuse des soins, qu'on lui impose des peines cruelles et inusitées, qu'on l'empêche d'avoir accès aux tribunaux, etc., il s'agit d'une détention illégale et on peut recourir à l'*habeas corpus* pour en libérer le requérant. À cet égard, peu importe que le requérant puisse alors être placé dans un type différent de détention qui est légal ou que sa condamnation à une peine d'emprisonnement puisse en soi être légale. L'exigence qu'il y ait détention et la demande de libération formulée en conséquence ne changent rien à l'applicabilité de l'*habeas corpus* pour contrôler une administration carcérale illégale.

Depuis la rédaction de cette note, le point de vue qu'elle exprime a été adopté par les cours d'appel de circuit fédérales. Voir par exemple les arrêts énumérés ci-après qui reconnaissent la possibilité du recours à l'*habeas corpus* pour contester la validité de différentes formes de détention ségrégative dans une prison pour non-application régulière de la loi: *McCullum v. Miller*, 695 F.2d 1044 (7th Cir. 1982); *Krist v. Ricketts*, 504 F.2d 887 (5th Cir. 1974); *Bryant v. Harris*, 465 F.2d 365 (7th Cir. 1972); *Dawson v. Smith*, 719 F.2d 896 (7th Cir. 1983); et *Streeter v. Hopper*, 618 F.2d 1178 (5th Cir. 1980).

Examen fait des deux façons d'aborder cette question, je suis d'avis que le point de vue à retenir est celui selon lequel il y a lieu à *habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particu-

a penitentiary notwithstanding that the same issue may be determined upon *certiorari* in the Federal Court. The proper scope of the availability of *habeas corpus* must be considered first on its own merits, apart from possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction. The general importance of this remedy as the traditional means of challenging deprivations of liberty is such that its proper development and adaptation to the modern realities of confinement in a prison setting should not be compromised by concerns about conflicting jurisdiction. As I have said in connection with the question of jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus*, these concerns have their origin in the legislative judgment to leave the *habeas corpus* jurisdiction against federal authorities with the provincial superior courts. There cannot be one definition of the reach of *habeas corpus* in relation to federal authorities and a different one for other authorities. Confinement in a special handling unit, or in administrative segregation as in *Cardinal*, is a form of detention that is distinct and separate from that imposed on the general inmate population. It involves a significant reduction in the residual liberty of the inmate. It is in fact a new detention of the inmate, purporting to rest on its own foundation of legal authority. It is that particular form of detention or deprivation of liberty which is the object of the challenge by *habeas corpus*. It is release from that form of detention that is sought. For the reasons indicated above, I can see no sound reason in principle, having to do with the nature and role of *habeas corpus*, why *habeas corpus* should not be available for that purpose. I do not say that *habeas corpus* should lie to challenge any and all conditions of confinement in a penitentiary or prison, including the loss of any privilege enjoyed by the general inmate population. But it should lie in my opinion to challenge the validity of a distinct form of confinement or detention in which the actual physical constraint or deprivation of liberty, as distinct from the mere loss of certain privileges, is more restrictive or severe than the normal one in an institution.

lière de détention dans un pénitencier quoique la même question puisse être tranchée par voie de *certiorari* en Cour fédérale. La portée du recours à l'*habeas corpus* doit d'abord être examinée en fonction de son propre fondement, indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences. L'importance générale de ce recours comme moyen traditionnel de contester les privations de liberté est telle que son développement et son adaptation rationnels aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral ne doivent pas être compromis par des craintes de conflits de compétence. Comme je l'ai déjà souligné à propos de la compétence pour délivrer un *certiorari* auxiliaire d'un *habeas corpus*, ces préoccupations sont nées de la décision du législateur de laisser aux cours supérieures provinciales la compétence pour délivrer des brefs d'*habeas corpus* contre des autorités fédérales. Or, la portée de l'*habeas corpus* ne peut être définie d'une manière pour le cas des autorités fédérales et d'une autre pour les autres autorités. L'incarcération dans une unité spéciale de détention, ou en ségrégation administrative comme c'était le cas dans l'affaire *Cardinal*, constitue une forme de détention qui est tout à fait distincte de celle imposée à la population carcérale générale. Elle entraîne une diminution importante de la liberté résiduelle du détenu. Il s'agit en fait d'une nouvelle détention qui est censée avoir son propre fondement juridique. C'est cette forme précise de détention ou de privation de liberté qui est contestée par l'*habeas corpus*. C'est la libération de cette forme de détention qu'on demande. Voilà pourquoi je ne vois aucune raison valable fondée sur la nature et le rôle de l'*habeas corpus* pour laquelle il ne devrait pas servir à cette fin. Je ne dis pas qu'on devrait recourir à l'*habeas corpus* pour contester toutes et chacune des conditions d'incarcération dans un pénitencier ou une prison, y compris la perte d'un privilège dont jouit la population carcérale générale. Mais, selon moi, il y a lieu d'y recourir pour contester la validité d'une forme distincte de détention dans laquelle la contrainte physique réelle ou la privation de liberté, par opposition à la simple perte de certains privilèges, est plus restrictive ou sévère que cela est normalement le cas dans un établissement carcéral.

For these reasons I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Fergus J. O'Connor, Kingston.*

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: Fergus J. O'Connor, Kingston.*