

T-900-84

T-900-84

Wayne William O'Brien (Applicant)

v.

National Parole Board (Respondent)

Trial Division, McNair J.—Ottawa, May 15 and November 23, 1984.

Parole — Certiorari — National Parole Board seven-member panel denying request for unescorted temporary absence following hearing by three members thereof, members present thereat voting for, absent members voting against — Hearing not required by legislation — Whether presence of full panel of voting members required at hearing — Procedure not in violation of Charter s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with principles of fundamental justice but violating common law fairness principle — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 7 — Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, ss. 2 (as am. by S.C. 1976-77, c. 53, s. 17), 6 (as am. idem, s. 23), 8, 9 (as am. idem, s. 24), 11 (as am. idem, s. 26) — Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, ss. 26.1(1), 26.2 (as enacted by S.C. 1976-77, c. 53, s. 42) — Parole Regulations, SOR/78-428, ss. 2, 14, 15 (as am. by SOR/81-487, s. 1), 23(2),(3) (French version as am. by SOR/81-487, s. 4), 24.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Application for unescorted temporary absence by prisoner — Seven-member panel of National Parole Board denying parole following hearing by three members thereof, members present thereat voting in favour but majority, absent at hearing, voting against — Procedure not in violation of Charter s. 7 — Hearing not required by legislation — Unescorted temporary absence matter of privilege, not constitutionally entrenched right — Word "liberty" in Charter s. 7 not to be read in isolation — However, decision of Parole Board in violation of common law principle of fundamental fairness — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 7.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — National Parole Board seven-member panel denying prisoner's request for unescorted temporary absence following hearing by three members thereof, members present voting for, absentees

Wayne William O'Brien (requérant)

c.

Commission nationale des libérations conditionnelles (intimée)Division de première instance, juge McNair—
Ottawa, 15 mai et 23 novembre 1984.

Libération conditionnelle — Certiorari — Un jury de sept membres de la Commission nationale des libérations conditionnelles a refusé une demande d'absence temporaire sans escorte à la suite d'une audience tenue devant trois membres de ladite Commission, les membres présents s'étant prononcés en faveur de la demande et les membres absents contre celle-ci — La Loi ne prescrit pas la tenue d'une audience — La présence à l'audience de tous les membres appelés à se prononcer sur la demande était-elle requise? — La procédure suivie ne constitue pas une violation du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, mais contrevient au principe de l'équité fondamentale prévu par la common law — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 7 — Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 2 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 17), 6 (mod. par idem, art. 23), 8, 9 (mod. par idem, art. 24), 11 (mod. par idem, art. 26) — Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 26.1(1), 26.2 (adoptés par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 42) — Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, DORS/78-428, art. 2, 14, 15 (mod. par DORS/81-487, art. 1), 23(2),(3) (texte français mod. par DORS/81-487, art. 4), 24.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Demande d'absence temporaire sans escorte présentée par un détenu — Un jury de sept membres de la Commission nationale des libérations conditionnelles a refusé la libération conditionnelle à la suite d'une audience tenue devant trois membres de ladite Commission, les membres présents s'étant prononcés en faveur de la demande mais une majorité des membres, qui étaient absents à l'audience, s'étant prononcés contre la demande — La procédure suivie ne constitue pas une violation de l'art. 7 de la Charte — La Loi ne prescrit pas la tenue d'une audience — L'absence temporaire sans escorte est une question de privilège et ne constitue pas un droit enchâssé dans la Constitution — Le mot «liberté» à l'art. 7 de la Charte ne doit pas être interprété hors de son contexte — Cependant, la décision de la Commission des libérations conditionnelles contrevient au principe de l'équité fondamentale prévu par la common law — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 7.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Un jury de sept membres de la Commission nationale des libérations conditionnelles a rejeté la demande d'absence temporaire sans escorte présentée par un détenu, à la suite d'une

later voting against — Hearing not required by legislation — Once administrative authority grants hearing, even when no legal obligation to do so, hearing to be conducted in accordance with rudiments of natural justice — Absent members' knowledge gleaned from record without hearing applicant deemed ignorance sufficient to preclude exercise of fair judgment on merits, thereby violating common law principle of fundamental fairness — Full panel of voting members of Board to hear application — Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2, ss. 2 (as am. by S.C. 1976-77, c. 53, s. 17), 6 (as am. idem, s. 23), 8, 9 (as am. idem, s. 24), 11 (as am. idem, s. 26) — Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, ss. 26.1(1), 26.2 (as enacted by S.C. 1976-77, c. 53, s. 42) — Parole Regulations, SOR/78-428, ss. 2, 14, 15 (as am. by SOR/81-487, s. 1), 23(2),(3) (French version as am. by SOR/81-487, s. 4), 24.

The applicant, a prisoner serving a life sentence, applied to the National Parole Board for a three-day unescorted temporary absence. Although not required by legislation to do so, three members of the seven-member panel of the Board in charge of the case attended a hearing at which they interviewed the applicant. Those three members voted in favour of granting the request but the four others later voted, *in absentia* and without having interviewed the applicant, against granting it.

That decision is attacked by an application for *certiorari* or *mandamus* on the grounds that the common law duty of fairness or section 7 of the Charter required all the members of the Board who voted on the application to personally interview the applicant.

Held, the motion is granted. While there is no express statutory requirement for an in-person hearing or interview by all voting Board members, once it has been decided to embark upon a hearing, it automatically follows that such hearing must be conducted in accordance with the rudiments of natural justice. The knowledge gleaned by the absent members from the written record only without having heard the applicant in person, must be deemed to be ignorance sufficient to preclude the exercise of any fair judgment upon the merits of the application. The full panel of voting members of the Board must hear the application and the failure to do so constitutes a violation of the principle of fundamental fairness.

However, the applicant's right not to be deprived of his right to liberty except in accordance with the principles of fundamental justice, guaranteed by section 7 of the Charter, has not been violated. Unescorted temporary absence is not a constitutionally enshrined right, it is merely a privilege, the request for which

audience tenue devant trois membres de ladite Commission, les membres présents s'étant prononcés en faveur de la demande, les membres absents s'étant prononcés contre celle-ci — La Loi ne prescrit pas la tenue d'une audience — À partir du moment où une instance administrative accepte de tenir une audience, même si la loi ne l'oblige pas à le faire, cette audience doit être conduite en conformité avec les principes élémentaires de la justice naturelle — La connaissance des faits des membres absents, qui découlait de leur examen du dossier sans qu'ils aient entendu le requérant, équivalait à une ignorance suffisante pour les empêcher de rendre un jugement équitable sur le bien-fondé de la demande et constituait, par conséquent, une violation du principe de l'équité fondamentale prévu par la common law — Tous les membres de la Commission appelés à se prononcer doivent entendre la demande — Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2, art. 2 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 17), 6 (mod. par idem, art. 23), 8, 9 (mod. par idem, art. 24), 11 (mod. par idem, art. 26) — Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 26.1(1), 26.2 (adoptés par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 42) — Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, DORS/78-428, art. 2, 14, 15 (mod. par DORS/81-487, art. 1), 23(2),(3) (texte français mod. par DORS/81-487, art. 4), 24.

Le requérant, qui purge une peine d'emprisonnement à perpétuité, a présenté à la Commission nationale des libérations conditionnelles une demande d'absence temporaire sans escorte pour une période de trois jours. Bien que la Loi ne les obligeait pas à le faire, trois des sept membres de la Commission chargés du cas ont assisté à une audience au cours de laquelle ils ont interrogé le requérant. Ces trois membres se sont prononcés en faveur de la demande, mais les quatre autres membres se sont prononcés *in absentia* contre la demande, sans avoir entendu le requérant.

Cette décision est contestée par une demande de *certiorari* ou de *mandamus* pour le motif qu'il était requis par l'obligation d'agir équitablement prévue par la *common law* ou par l'article 7 de la Charte que tous les membres de la Commission qui se sont prononcés sur la demande entendent personnellement le requérant.

Jugement: la requête est accueillie. Bien qu'il n'existe aucune disposition législative expresse exigeant que tous les membres de la Commission qui doivent se prononcer sur la demande assistent en personne à une audition ou à une entrevue, à partir du moment où on choisit de tenir une audience, il en résulte automatiquement que cette audience doit être conduite en conformité avec les principes élémentaires de la justice naturelle. La connaissance des faits des membres absents à l'audience, qui découlait de leur examen du dossier seulement, sans qu'ils aient entendu le requérant, équivalait à une ignorance suffisante pour les empêcher de rendre un jugement équitable sur le bien-fondé de la demande. Tous les membres de la Commission appelés à se prononcer sur la demande doivent l'entendre, et l'omission d'agir ainsi constitue une violation du principe de l'équité fondamentale.

Cependant, il n'y a pas eu violation du droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. L'absence temporaire sans escorte n'est pas un droit enchâssé dans la Constitution, mais un simple privilège qui a

was denied in accordance with the clearly mandated legislative provisions. Furthermore, the word "liberty" in section 7 of the Charter should not be read in isolation and cannot be taken to create an absolute ideal. Section 7 was intended for the protection of liberty against arbitrary interference and declared the right not to be deprived of it except in accordance with the principles of fundamental justice.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 13 (C.A.); *Re Mason and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 426; 1 D.L.R. (4th) 712 (Ont. H.C.); *The Queen, et al. v. Operation Dismantle Inc., et al.*, [1983] 1 F.C. 745 (C.A.); *R. v. Committee on Works of Halifax City Council, Ex p. Johnston* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45 (N.S.S.C.); *R. v. Minister of Labour, Ex parte General Supplies Co. Ltd.* (1964), 47 D.L.R. (2d) 189 (Alta. S.C.).

DISTINGUISHED:

Greenholtz v. Nebraska Penal Inmates, 442 U.S. 1 (1979).

REFERRED TO:

R. v. Cadeddu (1982), 32 C.R. (3d) 355; 146 D.L.R. (3d) 629 (Ont. H.C.).

COUNSEL:

David P. Cole for applicant.
J. A. Pethes for respondent.

SOLICITORS:

David P. Cole, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

MCNAIR J.: The applicant, who is a prisoner serving out in penitentiary a sentence of life imprisonment for second degree murder, has applied by motion for an order in the nature of *certiorari* quashing a decision rendered by the National Parole Board denying him unescorted temporary absence. The applicant seeks in the alternative an order in the nature of *mandamus* requiring the National Parole Board to render a decision granting unescorted temporary absence or, in the alternative, an order requiring a new hearing consistent with the principles of fundamental justice and the duty to act fairly. The

été refusé au requérant en conformité avec des dispositions législatives manifestement impératives. En outre, il ne faut pas interpréter le mot «liberté» à l'article 7 hors de son contexte et conclure qu'il crée un idéal absolu. L'article 7 était destiné à assurer une protection du droit à la liberté contre les interventions arbitraires et a déclaré qu'on ne peut y porter atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 13 (C.A.); *Re Mason and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 426; 1 D.L.R. (4th) 712 (H.C. Ont.); *La Reine, et autres c. Operation Dismantle Inc., et autres*, [1983] 1 C.F. 745 (C.A.); *R. v. Committee on Works of Halifax City Council, Ex p. Johnston* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45 (C.S.N.-É.); *R. v. Minister of Labour, Ex parte General Supplies Co. Ltd.* (1964), 47 D.L.R. (2d) 189 (C.S. Alb.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Greenholtz v. Nebraska Penal Inmates, 442 U.S. 1 (1979).

DÉCISION CITÉE:

R. v. Cadeddu (1982), 32 C.R. (3d) 355; 146 D.L.R. (3d) 629 (H.C. Ont.).

AVOCATS:

David P. Cole pour le requérant.
J. A. Pethes pour l'intimée.

PROCUREURS:

David P. Cole, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE MCNAIR: Le requérant, qui purge dans un pénitencier une peine d'emprisonnement à perpétuité pour un meurtre au second degré, demande par requête une ordonnance de *certiorari* annulant la décision par laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles lui a refusé une absence temporaire sans escorte. Subsidièrement, il sollicite un *mandamus* enjoignant à la Commission nationale des libérations conditionnelles de lui accorder une absence temporaire sans escorte ou encore, une ordonnance exigeant la tenue d'une nouvelle audition en conformité avec les principes de justice fondamentale et l'obligation

grounds asserted are set out in the notice of motion as follows:

1. That the procedure followed in this case by the National Parole Board in denying the Applicant his parole, violates section 7 of the Charter of Rights and Freedoms (hereinafter referred to as the Charter) because the determining Board members cast their vote for denying parole without providing a hearing to the Applicant.
2. That the procedure followed in this case by the National Parole Board was procedurally unfair because the deciding Board members did not see the Applicant nor hear his submissions in person before rendering their decision.
3. That the Federal Court of Canada is a court of competent jurisdiction to grant the relief sought pursuant to section 24 of the Charter.

The applicant is presently incarcerated at Warkworth Penitentiary in the Province of Ontario. On the recommendation of his case management team, he applied for a three-day unescorted temporary absence from prison for the purpose of visiting his aged grandmother then living in Windsor, Ontario. Three members of the National Parole Board attended a hearing at Warkworth and interviewed the applicant. He was questioned regarding his conviction, conduct in prison, and his reasons for the requested temporary absence. He was advised at the conclusion of the hearing by the chairperson, Ms. Benson, that the three Board members had voted affirmatively to grant his request for unescorted temporary absence but that his application required the additional votes of four Board members in Ottawa, and that he would be advised by mail of the result.

On January 24, 1984 the National Parole Board wrote a letter to the applicant in the following terms:

Dear Mr. O'Brien:

Further to your application for Unescorted Temporary Absence, the National Parole Board recently made a careful review of your case and, further, had an interview with you on 11 January 1984. Your file was then forwarded to the Ottawa Headquarter's [sic] of the Board for the required additional votes.

At that time, the Board decided to deny Unescorted Temporary Absence.

This decision was rendered in view of the following reasons:

d'agir équitablement. Les motifs invoqués sont énoncés comme suit dans l'avis de requête:

- [TRADUCTION] 1. La procédure suivie dans cette affaire par la Commission nationale des libérations conditionnelles pour refuser au requérant sa libération conditionnelle contrevient à l'article 7 de la Charte des droits et libertés (ci-après appelée la Charte) parce que les membres de la Commission qui ont voté contre la libération conditionnelle se sont prononcés sans avoir donné au requérant l'occasion de se faire entendre.
2. La procédure suivie dans cette affaire par la Commission nationale des libérations conditionnelles n'était pas équitable parce que, avant de rendre leur décision, lesdits membres de la Commission n'ont ni rencontré le requérant ni entendu les arguments qu'il a fait valoir en personne.
3. La Cour fédérale du Canada a compétence pour accorder le redressement fondé sur l'article 24 de la Charte.

Le requérant est actuellement emprisonné au pénitencier de Warkworth (Ontario). Sur la recommandation de l'équipe de gestion des cas, il a présenté une demande d'absence temporaire sans escorte pour une période de trois jours afin de rendre visite à sa vieille grand-mère qui habitait alors à Windsor (Ontario). Trois membres de la Commission nationale des libérations conditionnelles ont assisté à une audience tenue à Warkworth et ont eu une entrevue avec le requérant. Ils ont interrogé ce dernier sur sa condamnation, sa conduite en prison et les motifs pour lesquels il avait demandé une absence temporaire. À la fin de l'audience, la présidente, Mme Benson, a informé le requérant que les trois membres de la Commission s'étaient prononcés en faveur de sa demande d'absence temporaire sans escorte, mais qu'il était toutefois nécessaire que quatre autres membres de la Commission à Ottawa se prononcent sur sa demande, et qu'il serait avisé du résultat par la poste.

Le 25 janvier 1984, la Commission nationale des libérations conditionnelles a envoyé la lettre suivante au requérant:

[TRADUCTION] Monsieur,

À la suite de votre demande d'absence temporaire sans escorte, la Commission nationale des libérations conditionnelles a procédé récemment à un examen attentif de votre cas et elle a également eu une entrevue avec vous le 11 janvier 1984. Votre dossier a ensuite été transmis au Bureau central de la Commission à Ottawa afin d'obtenir les autres votes requis.

La Commission a alors décidé de refuser de vous accorder une absence temporaire sans escorte.

Cette décision a été rendue pour les motifs suivants:

"Poor ability to handle stress or examine himself, and sufficient evidence on file to indicate that Mr. O'Brien is still an undue risk for any type of conditional release."

Please note that the decision to deny Temporary Absence is not subject to re-examination.

Yours sincerely,

(Sgd.) E. Warder

Elizabeth Warder
Correspondence and
Information Officer

The Board wrote the applicant another letter on February 15 in answer to his letter of January 28 requesting a re-examination, which stated in part as follows:

With respect to your temporary absence application, as you probably know, seven (7) National Parole Board members were reviewing your case. The 3 members who interviewed you did vote in favour of an unescorted temporary absence program as described by Ms. Benson; however, as the voting process confirmed, you did not get enough positive votes to be granted that temporary absence program . . .

The issues posed are simply these:

(1) whether the common law duty of fairness necessitates that an applicant for unescorted temporary absence be personally interviewed by all the members of the National Parole Board who vote on the application; and

(2) whether, in the alternative, such in-person procedure is mandated by section 7 of the Charter.

In essence, counsel for the applicant argues that an injustice was perpetrated because the final result of the hearing was dictated by the votes of four absent members of the Board in Ottawa, who neither saw the applicant nor heard his story, despite the fact that the statutory provisions do not mandatorily require a personal interview.

He submits, in the alternative, that where the Board elects to grant a personal interview elementary fairness requires that all members of the Board who decide the fate of the application must be personally present at the interview.

«Peu d'aptitude à faire face à la tension et à faire son examen de conscience, et preuve suffisante au dossier démontrant que M. O'Brien représente encore un trop grand risque pour qu'il soit admissible à tout genre de mise en liberté conditionnelle.»

Veillez prendre note que cette décision de refuser une absence temporaire ne peut faire l'objet d'un nouvel examen.

Veillez agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs,

(Signé) E. Warder

Elizabeth Warder
Préposée à la correspondance et à
l'information

Voici un extrait de la lettre datée du 15 février que la Commission a envoyée en réponse à la lettre du 28 janvier dans laquelle le requérant sollicitait un nouvel examen de sa demande:

[TRADUCTION] En ce qui concerne votre demande d'absence temporaire, comme vous le savez probablement, sept (7) membres de la Commission nationale des libérations conditionnelles ont examiné votre cas. Les 3 membres qui vous ont rencontré se sont prononcés en faveur de l'application du programme d'absence temporaire sans escorte décrit par Mme Benson; toutefois, comme l'a indiqué le vote, vous n'avez pas obtenu suffisamment de voix favorables pour être admis au programme d'absence temporaire . . .

Les questions à résoudre sont les suivantes:

(1) l'obligation d'agir équitablement prévue par la *common law* exige-t-elle que la personne qui présente une demande d'absence temporaire sans escorte ait l'occasion de se faire entendre par tous les membres de la Commission nationale des libérations conditionnelles qui se prononcent sur sa demande?

(2) subsidiairement, cette procédure exigeant que la personne soit présente est-elle prescrite par l'article 7 de la Charte?

L'avocat du requérant allègue pour l'essentiel que, même si les dispositions de la Loi ne prescrivent pas la tenue d'une entrevue personnelle, une injustice a été commise parce que le résultat final de l'audience a été imposé par les voix de quatre membres de la Commission à Ottawa qui n'ont ni assisté à l'audience, ni rencontré le requérant, ni entendu son cas.

Il soutient subsidiairement que lorsque la Commission choisit d'accorder une entrevue personnelle, l'équité la plus élémentaire exige que tous les membres de la Commission qui décident du sort de la demande soient présents à l'entrevue.

Counsel for the respondent contends that there is no statutory provision requiring a hearing and that what was done here was simply a review of an application for unescorted temporary absence. He draws the distinction between the revocation of parole involving some sort of status of conditional liberty and the granting or denial of a privilege. On this basis, he rejects section 7 of the Charter. Counsel for the respondent conceded that a duty of fairness could well apply but only in the limited sense that a hearing once embarked on might conceivably attract the fairness principle to compel a hearing by all Board members required to vote.

As a starting point, it is necessary to consider the concept of unescorted temporary absence and its implications with reference to the statutory framework and scheme of the legislation as embodied in the applicable provisions of the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2, the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, and the *Parole Regulations*, SOR/78-428, all as amended.

Section 2 of the *Parole Act* [as am. by S.C. 1976-77, c. 53, s. 17] defines and distinguishes "parole" and "day parole". There is no express definition of "unescorted temporary absence". Parole is the authority granted to a prisoner to be at large during the term of his imprisonment. Day parole is a more limited parole by the terms and conditions of which a prisoner is required to return to prison from time to time during its duration or after a specified period. Except where otherwise indicated, parole is defined as including day parole.

Section 6 [rep. and sub. S.C. 1976-77, c. 53, s. 23] of the Act is very relevant and reads:

6. Subject to this Act, the *Penitentiary Act* and the *Prisons and Reformatories Act*, the Board has exclusive jurisdiction and absolute discretion to grant or refuse to grant parole or a temporary absence without escort pursuant to the *Penitentiary Act* and to revoke parole or terminate day parole.

L'avocat de l'intimée soutient qu'il n'existe aucune disposition législative exigeant la tenue d'une audience et qu'on a simplement procédé en l'espèce à l'examen d'une demande d'absence temporaire sans escorte. Il fait la distinction entre la révocation d'une libération conditionnelle qui comporte une certaine forme de liberté conditionnelle et l'octroi ou le refus d'un privilège. Se fondant sur cette distinction, il rejette l'article 7 de la Charte. L'avocat a admis qu'il était possible que l'obligation d'agir équitablement s'applique, mais seulement en ce sens que, à partir du moment où on procède à une audience, il est concevable que le principe d'équité exige la tenue d'une telle audience devant tous les membres de la Commission appelés à se prononcer.

Il est d'abord nécessaire d'examiner le concept d'absence temporaire sans escorte et ses effets en tenant compte du cadre législatif et de l'économie de la loi, qui découlent des dispositions pertinentes de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2, de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, et du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, DORS/78-428, et leurs modifications.

L'article 2 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* [mod. par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 17] définit et distingue «libération conditionnelle» et «libération conditionnelle de jour». Il ne contient pas de définition expresse de l'expression «absence temporaire sans escorte». La libération conditionnelle est l'autorisation accordée à un prisonnier d'être en liberté pendant sa période d'emprisonnement. La libération conditionnelle de jour est une libération conditionnelle plus restreinte dont les modalités exigent que le prisonnier retourne occasionnellement à la prison, pendant la durée de cette libération conditionnelle ou après une période déterminée. À moins d'une disposition contraire, la définition de l'expression «libération conditionnelle» vise la libération conditionnelle de jour.

L'article 6 [abrogé et remplacé par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 23] de la Loi est très pertinent en l'espèce; il porte:

6. Sous réserve de la présente loi, de la *Loi sur les pénitenciers* et de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, la Commission est exclusivement compétente et a entière discrétion pour accorder ou refuser d'accorder une libération conditionnelle ou une absence temporaire sans escorte en vertu de la

Section 8 requires the Board "at the times prescribed by the regulations" to review the case of every inmate who has applied or is eligible for parole and to "decide whether or not to grant parole".

Section 9 [rep. and sub. S.C. 1976-77, c. 53, s. 24] of the Act authorizes the Governor in Council to make regulations, *inter alia*:

9. ...

(a) prescribing the manner in which the Board is to review cases of inmates pursuant to section 8 and prescribing when the review must be by way of a hearing before the Board;

(b) prescribing the portion of the terms of imprisonment that inmates or classes of inmates must serve before temporary absence without escort may be authorized pursuant to section 26.1 or 26.2 of the *Penitentiary Act* or parole may be granted;

(d) prescribing the times when the Board must review cases of inmates serving sentences of imprisonment;

(f) prescribing the minimum number of members of the Board who must vote on a review of a case of an inmate or on a hearing of a parole application by an inmate, and prescribing the minimum number of affirmative votes required in any such review or hearing to grant a parole;

(o) providing for such other matters as are necessary to carry out the provisions of this Act or to facilitate the carrying out of the functions of the Board.

Section 11 [rep. and sub. S.C. 1976-77, c. 53, s. 26] of the Act states:

11. Subject to such regulations as the Governor in Council may make in that behalf, the Board is not required, in considering whether parole should be granted or revoked, to personally interview the inmate or any person on his behalf.

Section 6 of the *Parole Act* made express reference to the *Penitentiary Act* in dealing with the Board's exclusive jurisdiction to grant temporary absence without escort. The applicable section of the *Penitentiary Act* is subsection 26.1(1) [as enacted by S.C. 1976-77, c. 53, s. 42], which reads:

26.1 (1) Subject to any regulations made pursuant to the *Parole Act* in that behalf, where, in the opinion of the National

Loi sur les pénitenciers et pour révoquer une libération conditionnelle ou mettre fin à une libération conditionnelle de jour.

L'article 8 de la Loi oblige la Commission, «aux époques prescrites par les règlements», à examiner le cas de chaque détenu qui en fait la demande ou qui est admissible à la libération conditionnelle et à «décider s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle ou non».

En vertu de l'article 9 [abrogé et remplacé par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 24] de la Loi, le gouverneur en conseil peut, par règlement:

9. ...

a) fixer la façon dont la Commission doit en vertu de l'article 8, examiner les cas des détenus et déterminer s'il doit y avoir audition devant la Commission;

b) fixer la portion de la peine d'emprisonnement que doivent obligatoirement purger les détenus ou une catégorie de détenus avant qu'une libération conditionnelle ou une absence temporaire sans escorte au sens des articles 26.1 ou 26.2 de la *Loi sur les pénitenciers* puissent leur être accordées;

d) fixer les époques où la Commission doit obligatoirement examiner les cas de détenus purgeant des sentences d'emprisonnement;

e

f) fixer le nombre minimal de votants et le nombre minimal de voix favorables qui, au sein de la Commission, sont nécessaires pour que la libération conditionnelle puisse être accordée à un détenu lors de l'examen de son cas ou lors de l'audition de la demande qu'il présente en ce sens;

o) prendre toutes les autres mesures nécessaires à l'application de la présente loi ou au bon fonctionnement de la Commission.

L'article 11 [abrogé et remplacé par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 26] de la Loi porte:

11. Sous réserve des règlements que peut établir à ce sujet le gouverneur en conseil, la Commission n'est pas obligée, lorsqu'elle étudie la possibilité d'accorder ou de révoquer une libération conditionnelle, de donner au détenu l'occasion de se faire entendre personnellement ou par l'intermédiaire d'une autre personne.

L'article 6 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* mentionne expressément la *Loi sur les pénitenciers* en ce qui concerne la compétence exclusive de la Commission d'accorder une absence temporaire sans escorte. C'est le paragraphe 26.1(1) [édicte par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 42] de la *Loi sur les pénitenciers* qui s'applique; il prévoit:

26.1 (1) Sous réserve des règlements établis à cet effet en vertu de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, la

Parole Board, it is necessary or desirable that an inmate should be absent, without escort, for medical or humanitarian reasons or to assist in the rehabilitation of the inmate, the absence may be authorized by the Board for an unlimited period for medical reasons and for a period not exceeding fifteen days for humanitarian reasons or to assist in the rehabilitation of the inmate.

The *Parole Regulations* define [in section 2] "full parole" as parole other than day parole. "Temporary absence" is said to mean absence without escort authorized under section 26.1 or 26.2 of the *Penitentiary Act*. Section 14 of the Regulations provides for the review for full parole of an inmate's case as required by paragraph 8(1)(a) of the Act. Section 15 [as am. by SOR/81-487, s. 1] of the Regulations says that the review referred to in section 14 must be by way of hearing before not less than two Board members, unless the inmate waives the hearing or is a federal inmate confined in a provincial institution. There is nothing in the Act or Regulations to require any hearing of an application for unescorted temporary absence nor is the Board required to even personally interview the applicant or any person on his behalf.

In this case, the applicant was personally interviewed by three Board members who voted in favour of the request for unescorted temporary absence. This affirmative result was overridden by the negative vote given *in absentia* by the four other Board members.

Sections 23 and 24 of the *Parole Regulations* deal with the general matter of voting. Subsections 23(2) and (3) [French version as am. by SOR/81-487, s. 4] and paragraph 24(1)(a) are the ones which are particularly applicable to voting on a review to grant or deny unescorted temporary absence. The number of members of the Board required to vote in this instance was seven.

Before the Charter became law of the land, several landmark decisions of the Supreme Court of Canada had extended to the sphere of administrative or executive decision-making the general

Commission nationale des libérations conditionnelles peut, lorsqu'elle l'estime souhaitable sinon nécessaire, autoriser l'absence sans escorte, d'un détenu pendant une période illimitée pour des raisons médicales ou pour au maximum quinze jours pour des raisons humanitaires ou de réinsertion sociale.

Dans le *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus*, la «libération conditionnelle totale» est définie [à l'article 2] comme toute libération conditionnelle autre que la libération conditionnelle de jour. «L'absence temporaire» désigne toute absence sans escorte autorisée en vertu des articles 26.1 ou 26.2 de la *Loi sur les pénitenciers*. L'article 14 du Règlement prévoit l'examen du cas d'un détenu pour déterminer son admissibilité à la libération conditionnelle comme l'exige l'alinéa 8(1)a) de la Loi. L'article 15 [mod. par DORS/81-487, art. 1] du Règlement porte que l'examen visé à l'article 14 doit se faire par voie d'audition devant au moins deux membres de la Commission, sauf si le détenu renonce à l'audition ou s'il est un détenu sous juridiction fédérale incarcéré dans un établissement provincial. Ni la Loi ni le Règlement n'exigent la tenue d'une audition en cas de demande d'absence temporaire sans escorte, et la Commission n'est pas non plus obligée de donner au détenu l'occasion de se faire entendre personnellement ou par l'intermédiaire d'une autre personne.

En l'espèce, le requérant a comparu en personne devant trois membres de la Commission qui se sont prononcés en faveur de sa demande d'absence temporaire sans escorte. Ce résultat favorable a toutefois été annulé par le vote négatif des quatre autres membres de la Commission qui se sont prononcés *in absentia*.

Les articles 23 et 24 du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* traitent de la question des votes. Ce sont les paragraphes 23(2) et (3) [version française modifiée par DORS/81-487, art. 4] et l'alinéa 24(1)a) qui s'appliquent en particulier lorsqu'il faut décider d'accorder ou de refuser une absence temporaire sans escorte. Le nombre de membres de la Commission qui devaient se prononcer en l'espèce était de sept.

Avant que la Charte n'entre en vigueur, la Cour suprême du Canada, dans plusieurs décisions marquantes, a étendu au processus décisionnel dans le domaine administratif ou exécutif l'application du

notion of a duty to act fairly in investigations, reviews or other like administrative processes, having regard to the circumstances of each particular case and the subject-matter involved. The fairness concept was cast much in the same mould as the principle of natural justice but its form reached beyond judicial and quasi-judicial functions to the administrative sphere. The cases I refer to are *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*¹ and *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*.² In *Nicholson*, Laskin C.J. stated the fairness principle at page 324:

He should be treated "fairly" not arbitrarily. I accept, therefore, for present purposes and as a common law principle what Megarry J. accepted in *Bates v. Lord Hailsham*, at p. 1378, "that in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness".

The fairness doctrine took a long step forward in the *Martineau* case where the Supreme Court held that the common law remedy of *certiorari* lay to redress a violation of the duty to act fairly in an administrative decision involving prison discipline. The reasons of the minority members of the Court expressed by Dickson J. are broader in scope than those of the majority, although the result was unanimous.

The underlying rationale is stated by Mr. Justice Dickson at pages 622-623:

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

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

¹ [1979] 1 S.C.R. 311.

² [1980] 1 S.C.R. 602.

concept général de l'obligation d'agir équitablement au cours d'enquêtes, d'examen ou d'autres procédures administratives du même genre, compte tenu des circonstances particulières de chaque cas et de la question en cause. Le concept d'équité a été coulé dans le même moule que le principe de justice naturelle; toutefois, il concerne non seulement les fonctions judiciaires et quasi-judiciaires, mais également le domaine administratif. Les arrêts auxquels je fais allusion sont les suivants: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*¹ et *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*². Dans l'arrêt *Nicholson*, le juge en chef Laskin a énoncé le principe de l'équité à la page 324:

On doit le traiter «équitablement» et non arbitrairement. J'accepte donc aux fins des présentes et comme un principe de *common law* ce que le juge Megarry a déclaré dans *Bates v. Lord Hailsham*, à la p. 1378: [TRADUCTION] «dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement».

La doctrine de l'équité a fait un grand pas en avant dans l'arrêt *Martineau* où la Cour suprême a statué qu'on peut recourir au *certiorari* pour mettre fin à la violation de l'obligation d'agir équitablement dans une décision administrative concernant la discipline carcérale. Les motifs de jugement de la minorité, qui ont été prononcés par le juge Dickson, ont une portée plus large que ceux de la majorité, bien que la décision ait été unanime.

Le principe sous-jacent de la décision est énoncé par le juge Dickson aux pages 622 et 623:

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

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

¹ [1979] 1 R.C.S. 311.

² [1980] 1 R.C.S. 602.

In my opinion, *certiorari* avails as a remedy wherever a public body has power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person.

In the *Nicholson* case, the Supreme Court [at pages 326-327] approved of what Lord Denning had to say about the duty to act fairly in *Selvarajan v. Race Relations Board*:³

... In recent years we have had to consider the procedure of many bodies who are required to make an investigation and form an opinion ... In all these cases it has been held that the investigating body is under a duty to act fairly; but that which fairness requires depends on the nature of the investigation and the consequences which it may have on persons affected by it. The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. The investigating body is, however, the master of its own procedure. It need not hold a hearing. It can do everything in writing. It need not allow lawyers. It need not put every detail of the case against a man. Suffice it if the broad grounds are given. It need not name its informants. It can give the substance only. Moreover it need not do everything itself. It can employ secretaries and assistants to do all the preliminary work and leave much to them. But, in the end, the investigating body itself must come to its own decision and make its own report. (Emphasis added.)

Then came the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.⁴ Section 7 of the Charter reads:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

In *R. v. Cadeddu*,⁵ Mr. Justice Potts, with characteristic boldness, broke new ground by holding that section 7 of the Charter requires that a parolee be given the opportunity for an in-person hearing before his parole can be revoked. The principle of the case is thus stated at page 368 C.R.:

I turn now to consider whether the applicant's rights under s. 7 of the Charter have been violated. It appears to me that there are two questions that must be addressed: was the applicant at liberty while on parole, and, if so, was he deprived of liberty

³ [1976] 1 All E.R. 13 (C.A.).

⁴ Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.).

⁵ (1982), 32 C.R. (3d) 355; 146 D.L.R. (3d) 629 (Ont. H.C.).

À mon avis, on peut recourir au *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.

Dans l'arrêt *Nicholson*, la Cour suprême [aux pages 326 et 327] a approuvé ce que lord Denning avait dit à propos de l'obligation d'agir équitablement dans l'arrêt *Selvarajan v. Race Relations Board*:³

[TRADUCTION] ... Ces dernières années nous avons examiné la procédure de nombreux organismes chargés de faire enquête et de se faire une opinion ... Dans tous ces cas, on a jugé que l'organisme chargé d'enquêter a le devoir d'agir équitablement; mais les exigences de l'équité dépendent de la nature de l'enquête et de ses conséquences pour les personnes en cause. La règle fondamentale est que dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. Cependant, l'organisme enquêteur est maître de sa propre procédure. Il n'est pas nécessaire qu'il tienne une audition. Tout peut se faire par écrit. Il n'est pas tenu de permettre la présence d'avocats. Il n'est pas tenu de révéler tous les détails de la plainte et peut s'en tenir à l'essentiel. Il n'a pas à révéler sa source de renseignements. Il peut se limiter au fond seulement. De plus, il n'est pas nécessaire qu'il fasse tout lui-même. Il peut faire appel à des secrétaires et des adjoints pour le travail préliminaire et plus. Mais en définitive, l'organisme enquêteur doit arrêter sa propre décision et faire son propre rapport. (C'est moi qui souligne.)

La *Charte canadienne des droits et libertés*⁴ a ensuite été adoptée. L'article 7 de la Charte porte:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *R. v. Cadeddu*⁵, le juge Potts, avec l'audace qui le caractérise, a innové en statuant que l'article 7 de la Charte exige qu'il soit donné au détenu en liberté conditionnelle l'occasion de se faire entendre personnellement avant que sa libération conditionnelle puisse être révoquée. Le principe applicable dans cet arrêt est énoncé à la page 368 C.R.:

[TRADUCTION] Examinons maintenant si les droits du requérant garantis par l'article 7 de la Charte ont été violés. Il me semble qu'il faut répondre à deux questions: le requérant était-il libre lorsqu'il était en liberté conditionnelle, et si oui,

³ [1976] 1 All E.R. 13 (C.A.).

⁴ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11, (R.-U.).

⁵ (1982), 32 C.R. (3d) 355; 146 D.L.R. (3d) 629 (H.C. Ont.).

except in accordance with the principles of fundamental justice?

My answer to the first question is: yes, the applicant was at liberty during his parole. Although it is clear law that parole is a privilege which an inmate cannot claim of right, that while on parole he is serving his sentence of imprisonment, and that a decision to grant or revoke parole is a decision as to where an inmate shall serve his sentence (see *McCaud, Howarth, and Mitchell*, all supra), none of these considerations, in my view, is helpful in assessing what the applicant's condition was during his parole. His condition, obviously, was that he had a conditional or qualified liberty to be at large during the term of his imprisonment. Although it was a qualified liberty, which might be revoked, that, in my view, is sufficient to attract the constitutionally mandated protections of s. 7 of the Charter. Accordingly, the board, if it was not to violate the applicant's rights, could revoke the applicant's parole only in accordance with the principles of fundamental justice.

I have reviewed the authorities submitted by counsel. It is unnecessary to elaborate because, in my view, each case falls to be determined by its particular facts. What may be viewed in one case as the contravention of a guaranteed Charter right or the roughshod violation of 'fair play in action' may in another game situation with different players be seen to be fair and legal.

A case which bears close similarity to the one at bar is *Re Mason and The Queen*.⁶ Here Mr. Justice Ewaschuk held that the procedure prescribed by paragraph 24(2)(b) of the *Parole Regulations*, whereby if the two members of the Parole Board voting on a review of mandatory supervision suspension are unable to agree the Chairman may delegate the casting of the deciding vote to a third person who has not heard the inmate's representations, is contrary to the guarantee to fundamental justice in section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The learned Judge put forward these grounds (at page 430 C.C.C.):

... on considering whether the procedure adopted in this case was a "fair and decent procedure", I find it was not. Instead, it was an impersonal procedure based on a paper record of what should be an in-person hearing and not a review proceeding. The fact that a further non in-person appeal review is provided is in my view beside the point.

⁶ (1983), 7 C.C.C. (3d) 426; 1 D.L.R. (4th) 712 (Ont. H.C.).

a-t-il été porté atteinte à son droit à la liberté en conformité avec les principes de justice fondamentale?

Ma réponse à la première question est que le requérant était libre pendant sa libération conditionnelle. Bien qu'il soit évident que la libération conditionnelle est un privilège qu'un détenu ne peut réclamer de plein droit, que lorsque qu'un détenu est en liberté conditionnelle, il purge sa peine d'emprisonnement, et que décider d'accorder ou de révoquer une libération conditionnelle équivaut à décider où un détenu doit purger sa peine (voir les affaires *McCaud, Howarth et Mitchell*, précitées), à mon avis, aucune de ces considérations n'est utile pour déterminer quel était le statut du requérant pendant sa libération conditionnelle. Il est évident qu'il jouissait de la possibilité d'être en liberté conditionnelle ou restreinte pendant la durée de son incarcération. Même s'il s'agissait d'une liberté restreinte qui pouvait être révoquée, cela suffit, à mon avis, pour entraîner l'application des garanties d'ordre constitutionnel contenues à l'art. 7 de la Charte. Par conséquent, pour ne pas violer les droits du requérant, la Commission ne pouvait révoquer sa libération conditionnelle qu'en conformité avec les règles de justice fondamentale.

J'ai examiné la jurisprudence invoquée par les avocats. Il n'est pas nécessaire de s'y attarder plus longuement parce que, à mon avis, chaque cas doit être déterminé à partir de ses faits particuliers. Ce qui dans un cas peut être considéré comme la violation d'un droit garanti par la Charte ou comme la violation flagrante du « franc-jeu » peut, dans une autre situation mettant en présence des personnes différentes, être jugé juste et légal.

L'arrêt *Re Mason and The Queen*⁶ ressemble beaucoup à l'affaire en instance. Le juge Ewaschuk a statué dans ce cas que la procédure prescrite par l'alinéa 24(2)b) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* qui prévoit que, lorsque les deux membres de la Commission des libérations conditionnelles se prononçant sur une révision de la suspension de la libération sous surveillance obligatoire n'arrivent pas à s'entendre, le président peut accorder une voix prépondérante à une troisième personne qui n'a pas entendu les arguments du détenu, est contraire à la garantie de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge a fait valoir les motifs suivants (à la page 430 C.C.C.):

[TRADUCTION] ... en examinant si la procédure suivie en l'espèce était « juste et appropriée », je conclus qu'elle ne l'était pas. Au contraire, il s'agissait d'une procédure impersonnelle fondée sur un dossier alors qu'on aurait dû procéder à une audition en personne et non à une procédure de révision. Le fait qu'une révision de l'appel en l'absence de la personne en cause est prévue n'a rien à voir avec l'affaire.

⁶ (1983), 7 C.C.C. (3d) 426; 1 D.L.R. (4th) 712 (H.C. Ont.).

Mindful that all s. 7 of the Charter guarantees is a minimum safeguard to a fair procedure which may vary within the individual circumstances, I find that s. 24(2)(b) of the *Parole Regulations* is inherently unfair. By violating s. 7 of the Charter s. 24 (2)(b) is therefore *ultra vires* and by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* of no force and effect.

He went on to conclude [at pages 430-431]:

... what the applicant merits is a fair and decent hearing which can be accomplished by a new panel of three Board members personally attending to decide whether the applicant merits liberty or detention. It does not follow that three members must sit on all hearings though a majority must. However, where a majority decision is not initially reached, an inmate must be afforded an in-person hearing before each Board member necessary to constitute a full panel in the particular case.

Counsel for the respondent placed much reliance on *Greenholtz v. Nebraska Penal Inmates*,⁷ a case before the Supreme Court of the United States, involving an initial review hearing for parole of a prison inmate. The procedure entailed an interview of the inmate and reception of letters or statements in support of the claim for release, which was followed. The Parole Board determined from its examination of the record and the personal interview that the inmate was not a good risk for release and denied parole, informing the inmate of its reasons. It was objected that the Board's procedure constituted a denial of due process. The majority of the Court held otherwise on the ground that there was a distinction between discretionary parole release and parole revocation and that the affording of an opportunity to be heard and the specifying of reasons for denial reasonably complied with the requirements of due process in the case of the former. The essential *ratio* of the majority decision is contained in the following passage from the judgment of Burger C.J. [at page 15]:

At the Board's initial interview hearing, the inmate is permitted to appear before the Board and present letters and statements on his own behalf. He is thereby provided with an effective opportunity first, to insure that the records before the Board

⁷ 442 U.S. 1 (1979).

Conscient que l'art. 7 garantit seulement qu'une procédure équitable sera suivie, procédure qui peut varier selon les circonstances, j'estime que l'art. 24(2)(b) du *Règlement sur la libération conditionnelle de détenus* est essentiellement injuste. Parce qu'il contrevient à l'art. 7 de la Charte, l'art. 24(2)(b) est *ultra vires* et, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il est inapplicable et de nul effet.

Il a ajouté pour conclure [aux pages 430 et 431]:

[TRADUCTION] ... ce à quoi le requérant a droit est une audience juste et convenable, ce qui peut être réalisé devant un nouveau jury formé de trois membres de la Commission qui siègeraient en personne pour déterminer si le requérant est en droit d'obtenir sa liberté ou s'il doit rester en détention. Il ne s'ensuit pas que les trois membres doivent assister à toutes les audiences, bien qu'une majorité d'entre eux doive le faire. Cependant, lorsqu'une décision majoritaire n'est d'abord pas rendue, il faut donner au détenu l'occasion de comparaître en personne devant chaque membre de la Commission dont la présence est nécessaire pour former un jury complet dans ce cas particulier.

L'avocat de l'intimée s'est fondé en grande partie sur l'arrêt *Greenholtz v. Nebraska Penal Inmates*⁷, une affaire soumise à la Cour suprême des États-Unis concernant l'audition d'une première demande de libération conditionnelle d'un détenu. La procédure qui a été suivie comportait l'interrogatoire du détenu et la réception de lettres ou de déclarations à l'appui de sa demande d'élargissement. Se fondant sur son examen du dossier et sur son entrevue avec le détenu, la commission des libérations conditionnelles a décidé que la mise en liberté du détenu présentait trop de risques et lui a donc refusé sa libération conditionnelle tout en l'informant des motifs de sa décision. On a objecté que la procédure suivie par la commission était contraire à l'application régulière de la loi. La majorité des membres de la Cour en ont décidé autrement pour le motif qu'il existait une différence entre la mise en liberté discrétionnaire et la révocation de la libération conditionnelle, et que, dans le premier cas, le fait d'avoir donné au détenu l'occasion de se faire entendre et d'avoir précisé les motifs du refus de sa libération satisfaisait de manière raisonnable aux exigences de l'application régulière de la loi. Le fondement de la décision de la majorité se trouve dans l'extrait suivant tiré des motifs du juge en chef Burger [à la page 15]:

[TRADUCTION] À la première audition devant la Commission, le détenu est autorisé à comparaître devant celle-ci et à lui présenter lettres et déclarations en son nom. Il lui est donc possible d'abord de s'assurer que tous les documents dont la

⁷ 442 U.S. 1 (1979).

are in fact the records relating to his case; and second, to present any special considerations demonstrating why he is an appropriate candidate for parole. Since the decision is one that must be made largely on the basis of the inmate's files, this procedure adequately safeguards against serious risks of error and thus satisfies due process.

I fail to see how the case conclusively supports the respondent's position in view of the procedural requirements for personal interview.

The first question requiring answer is whether the vote *in absentia* of the four members of the Board who did not see and hear the applicant is a clear and manifest violation of section 7 of the Charter in depriving the applicant of his right to liberty in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice?

The legislative scheme did not require any hearing but one was held. The three members present who personally interviewed the applicant voted in favour of the request for unescorted temporary absence. The subject-matter of the application was simply a request. There was no question of the deprivation of any constitutionally enshrined right of liberty, conditional or otherwise, such as might occur with the revocation of parole and its consequences on earned remission or the suspension of mandatory supervision. The applicant made a request for the granting of a privilege which was denied in accordance with the clearly mandated legislative provisions. To my mind, a distinction must be drawn between a denial affecting the expectation of enjoyment of some anticipated privilege of liberty and the deprivation of some right of liberty, presently existing and enjoyed, where such deprivation is contrary to fundamental justice.

The use of the word "liberty" in section 7 of the Charter cannot be taken to create an absolute ideal standing in isolated grandeur. There is logic in the argument that the word must not be dissociated from the complete phrase "liberty and security of the person" which, read in context of the whole, generally connotes a normal and accepted concept of freedom from arrest and detention and the protection of that broad concept

Commission a été saisie sont, en fait, ceux qui concernent son cas, et en second lieu, de faire valoir toutes les considérations spéciales montrant qu'il est un candidat admissible à la libération conditionnelle. Étant donné que la décision doit être rendue dans une large mesure à partir des documents du détenu, cette procédure constitue une garantie adéquate contre les risques d'erreurs graves et permet ainsi l'application régulière de la loi.

Je ne vois pas comment cet arrêt supporte de manière concluante la position de l'intimée si l'on tient compte de l'obligation de procéder à une entrevue personnelle.

La première question à laquelle il faut répondre est la suivante: le vote *in absentia* des quatre membres de la Commission qui n'ont ni rencontré ni entendu le requérant constitue-t-il une violation manifeste de l'article 7 de la Charte parce qu'il a porté atteinte au droit du requérant à la liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale?

Les dispositions législatives n'exigeaient pas la tenue d'une audience mais il y en a eu une. Les trois membres présents qui ont interrogé le requérant se sont prononcés en faveur de l'absence temporaire sans escorte. L'objet de la demande était simplement une requête. Il n'était pas question de la privation d'un droit à la liberté, conditionnelle ou autre, enchâssé dans la Constitution comme ce pourrait être le cas s'il s'agissait de la révocation d'une libération conditionnelle et de ses effets sur une réduction méritée de peine ou sur la suspension de la libération sous surveillance obligatoire. Le requérant a demandé qu'on lui octroie un privilège mais celui-ci lui a été refusé en conformité avec des dispositions législatives manifestement impératives. À mon avis, il faut établir une distinction entre le fait de refuser à un particulier la jouissance d'un privilège anticipé concernant sa liberté et la privation d'un droit à la liberté dont une personne jouit actuellement, lorsqu'une telle privation est contraire à la justice fondamentale.

Il ne faut pas conclure que l'emploi du mot «liberté» à l'article 7 de la Charte crée un idéal absolu isolé de tout. Il existe une certaine logique dans l'argument voulant que ce mot ne doit pas être séparé de l'expression «liberté et sécurité de sa personne» qui, interprétée dans son contexte, comporte généralement l'idée normale et acceptée d'immunité contre les arrestations et les détentions, et la protection du concept étendu de liberté

of liberty against arbitrary interference. Even if read separately, the text emphasis of section 7 is on the protection of the guaranteed right to liberty in the sense that a person cannot be deprived of it except in accordance with the principles of fundamental justice, rather than on liberty in the abstract. In my view, courts should be reasonably circumspect about interpreting any given section of the Charter in such a wide and dissociative manner as to substitute their opinions for those of Parliament. The words of Mr. Justice Pratte in *The Queen, et al. v. Operation Dismantle Inc., et al.*⁸ carry a timely message (at page 752):

The Charter was enacted for the purpose of protecting certain fundamental rights and freedoms; it was not meant to confer legislative and executive powers on the judges.

For the foregoing reasons, it is my opinion that the administrative decision to deny the applicant's request for unescorted temporary absence did not constitute the deprivation of any constitutionally enshrined right to liberty under section 7 of the Charter.

The remaining question is whether the duty to act fairly requires an in-person hearing or interview by all members of the Board required to vote on the application for unescorted temporary absence. It will be recalled that three members of the Board voted affirmatively at the conclusion of the hearing. The remaining complement of four members required to complete the vote overruled their in-person colleagues by voting *in absentia* to deny the application. There is no express statutory requirement for an in-person hearing or interview by all voting Board members. The decision is an administrative one which must stand or fall according to the proper application of the common law duty of fairness.

The subject-matter under consideration was the granting of a request for a temporary sort of liberty and not the revocation or curtailment of an existent liberty. The procedure envisaged was that of review or investigation rather than that of a full-scale hearing with all the usual panoply of safeguards, such as, the right to know in advance

contre les interventions arbitraires. L'article 7, même si on l'interprète point par point, insiste sur la protection du droit à la liberté en ce sens qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, plutôt que sur la liberté au sens abstrait. À mon avis, les tribunaux devraient se montrer suffisamment prudents pour ne pas en arriver à dissocier les articles de la Charte et à les interpréter d'une manière si large qu'ils substituent leurs opinions à celles du législateur. Les mots du juge Pratte dans l'arrêt *La Reine, et autres c. Operation Dismantle Inc., et autres*⁸ contiennent un message fort à propos (à la page 752):

La Charte a été adoptée pour protéger des libertés et des droits fondamentaux. Elle n'avait pas pour but de conférer des pouvoirs législatifs et exécutifs aux juges.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la décision administrative de rejeter la demande d'absence temporaire sans escorte présentée par le requérant ne constituait pas la privation d'un droit à la liberté enchâssé dans la Constitution et prévu à l'article 7 de la Charte.

Il reste à déterminer si l'obligation d'agir équitablement exige que tous les membres de la Commission qui sont appelés à se prononcer sur la demande d'absence temporaire sans escorte assistent en personne à l'audition ou à l'entrevue. Il faut se rappeler que trois membres de la Commission se sont prononcés en faveur de cette demande à la fin de l'audition. Les quatre autres membres dont le vote était requis ont infirmé la décision de leurs collègues qui étaient présents à l'audition en se prononçant *in absentia* contre la demande. Il n'existe aucune disposition législative exigeant que tous les membres de la Commission qui doivent se prononcer sur la demande assistent en personne à une audition ou à une entrevue. Il s'agit d'une décision administrative qui doit être confirmée ou infirmée en conformité avec l'obligation d'agir équitablement prévue par la *common law*.

La question à examiner est l'admission d'une demande visant à obtenir une sorte de liberté temporaire et non la révocation ou la restriction d'une liberté existante. La procédure envisagée est un examen ou une enquête plutôt que la tenue d'une audience complète avec toutes les garanties habituelles que cela comporte, comme par exem-

⁸ [1983] 1 F.C. 745 (C.A.).

⁸ [1983] 1 C.F. 745 (C.A.).

the adverse case against the party, the right of the party to counsel or at least assistance in the conduct of his case, and the right generally to make full answer to the case against him.

In my opinion, what the case essentially comes down to is simply this—once having extended the latitude of fair review procedure and embarked on a hearing, does the duty of fairness then dictate that all members of the Board required to vote must have personally seen and heard the applicant before casting the final ballot? The case of voluntary hearings poses something of a very real conundrum in the context of determining the proper balance between administrative practicability and the minimum requirements of fairness, as eminent text writers have been wont to point out.⁹ Room must always be left for the implication of an impression of justice appearing to be done. de Smith gives the answer with this clear statement of principle at pages 219-220:

Must he who decides also hear? In general the answer is in the affirmative. It is a breach of natural justice for a member of a judicial tribunal or an arbitrator to participate in a decision if he has not heard all the oral evidence and the submissions. The same principle has been applied to members of administrative bodies who have taken part in decisions affecting individual rights made after oral hearings before those bodies at which they have not been present; "for bias and ignorance alike preclude fair judgment upon the merits of a case."

In *R. v. Committee on Works of Halifax City Council, Ex p. Johnston*¹⁰, the Supreme Court of Nova Scotia held that a demolition order of the works committee of the city council was invalid and must be quashed because four members of the committee voting for demolition had not been present at all meetings where evidence had been given and argument made, which was contrary to the principles of natural justice. Mr. Justice MacDonald puts forward this broad ground as the

⁹ de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., pp. 220, 237-238. Reid and David, *Administrative Law and Practice*, 2nd ed., pp. 20-21.

¹⁰ (1962), 34 D.L.R. (2d) 45 (N.S.S.C.).

ple, le droit d'une partie de savoir d'avance quels seront les arguments invoqués contre elle, son droit d'être représentée par avocat ou du moins d'obtenir de l'aide pour assurer sa défense, et généralement, le droit de présenter une défense complète aux arguments invoqués contre elle.

À mon avis, l'affaire se résume essentiellement à la question suivante: une fois que l'on a étendu la portée de la procédure comportant un examen équitable et que l'on a choisi de tenir une audience, l'obligation d'agir équitablement exige-t-elle que tous les membres de la Commission appelés à se prononcer doivent avoir personnellement rencontré et entendu le requérant avant de rendre leur décision finale? Comme d'éminents auteurs l'ont habituellement souligné⁹, la tenue d'audiences volontaires pose un véritable problème lorsqu'il s'agit d'établir un juste équilibre entre la praticabilité sur le plan administratif et les exigences minimales de l'équité. Il faut toujours laisser suffisamment de latitude pour créer l'impression que justice a été rendue. de Smith a donné une réponse claire à cette question avec cette déclaration de principe aux pages 219 et 220:

[TRADUCTION] La personne qui décide d'une affaire doit-elle aussi l'instruire? En général, la réponse est affirmative. Cela constitue une violation de la justice naturelle de la part d'un membre d'un tribunal judiciaire ou d'un arbitre de participer à une décision s'il n'a pas entendu tous les témoignages et les arguments. Le même principe a été appliqué aux membres d'organismes administratifs qui ont pris part à des décisions touchant des droits individuels, rendues à la suite d'audiences tenues devant ces organismes et auxquelles lesdits membres n'ont pas assisté, «car la partialité et l'ignorance empêchent de la même manière de rendre un jugement équitable sur le bien-fondé d'une affaire.»

Dans l'arrêt *R. v. Committee on Works of Halifax City Council, Ex p. Johnston*¹⁰, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a statué qu'une ordonnance de démolition du comité des travaux du conseil municipal devait être annulée parce que quatre membres du comité s'étant prononcés en faveur de la démolition n'avaient pas assisté à toutes les réunions au cours desquelles des témoignages avaient été déposés et des arguments soulevés, ce qui était contraire aux principes de justice

⁹ de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., pp. 220, 237 et 238. Reid et David, *Administrative Law and Practice*, 2^e éd., pp. 20 et 21.

¹⁰ (1962), 34 D.L.R. (2d) 45 (C.S.N.-É.).

basis of decision at page 57:

... where one or more members of an adjudicatory body (such as a City Council) has failed to attend meetings at which important aspects of a matter involved in the adjudication have been presented or discussed, he thereupon becomes disqualified from participating in the final deliberations of that body or in the decision of that body upon that matter; and that if he does so participate therein, the decision of that body is vitiated thereby and must be set aside.

I reached this conclusion first upon the basis of the close analogy between the situation in question and that of a member disqualified by bias; for bias and ignorance alike preclude their judgment upon the merits of a case and affect the exercise of a proper influence upon others. (Emphasis added.)

There is too the identifiable thread of a broad principle to the effect that once an administrative authority elects to embark upon a hearing, even though not legally obliged so to do, then it automatically follows that such hearing must be conducted in accordance with the rudiments of natural justice.¹¹

In *Martineau* (No. 2), *supra*, Mr. Justice Dickson formulated the following test to be applied in cases involving administrative decision-making (at page 631):

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

Applying this test to the particular circumstances of this case, I find that the Board did not act fairly toward the applicant. Fundamental fairness surely must dictate that the applicant should have been afforded an in-person hearing before all the members of the Board who had to vote on his application. The critical, determinative vote in this instance was cast by four members voting *in absentia* who had never seen the applicant nor heard his plea but instead, presumably, based their decision on the file record. Indeed, there is no evidence whatever of how the absent members addressed themselves to the question calling for their decision. In any event, their knowledge gleaned only from the written record without

¹¹ de Smith, *ibid.*, at p. 237. *R. v. Minister of Labour, Ex parte General Supplies Co. Ltd.* (1964), 47 D.L.R. (2d) 189 (Alta S.C.).

naturelle. À la page 57, le juge MacDonald a fondé sa décision sur le principe général suivant:

[TRADUCTION] ... lorsqu'un ou des membres d'un organisme chargé de trancher une question (comme par exemple, un conseil municipal) sont absents des réunions au cours desquelles des aspects importants de cette question en litige ont été présentés ou discutés, ce ou ces membres deviennent inhabiles à prendre part aux délibérations finales de cet organisme ou à la décision de celui-ci sur cette question; et s'ils y participent, la décision de l'organisme est viciée et doit être annulée.

a Je suis arrivé à cette conclusion en me fondant d'abord sur l'étroite ressemblance entre la situation en cause et celle où un membre devient inhabile en raison de sa partialité; car la partialité et l'ignorance empêchent de la même manière de rendre un jugement équitable sur le bien-fondé d'une affaire et nuisent à l'exercice d'une influence appropriée sur les autres membres. (C'est moi qui souligne.)

b On peut également identifier un principe général voulant qu'à partir du moment où une instance administrative choisit de tenir une audience, même si la loi ne l'oblige pas à le faire, il en résulte automatiquement que cette audience doit être conduite en conformité avec les principes élémentaires de la justice naturelle.¹¹

Dans l'arrêt *Martineau* (N° 2), précité, le juge Dickson a énoncé le critère suivant qui doit être appliqué dans les cas nécessitant la prise de décisions administratives (à la page 631):

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

Si j'applique ce critère aux circonstances particulières de l'espèce, j'estime que la Commission n'a pas agi de manière équitable envers le requérant. Du point de vue de l'équité, il fallait sûrement que le requérant puisse avoir l'occasion de se faire entendre personnellement devant tous les membres de la Commission qui devaient se prononcer sur sa demande. Les voix décisives en l'espèce sont celles de quatre membres qui se sont prononcés *in absentia* et qui n'ont ni rencontré le requérant ni entendu sa demande mais qui, au contraire, ont probablement fondé leur décision sur son dossier. En fait, il n'existe aucune preuve concernant la manière dont les membres absents de la Commission ont examiné la question qu'ils

¹¹ de Smith, *ibid.*, à la p. 237. *R. v. Minister of Labour, Ex parte General Supplies Co. Ltd.* (1964), 47 D.L.R. (2d) 189 (C.S. Alb.).

having heard the applicant in person must be deemed to be ignorance sufficient to preclude the exercise of any fair judgment upon the merits of the application. In my opinion, the full panel of voting members of the Board must hear the application and the failure to do so constitutes a violation of the principle of fundamental fairness. In the result, the decision of the Board is invalid.

For the foregoing reasons, the applicant's motion is granted, with costs.

ORDER

1. The decision of the National Parole Board denying the applicant's application for unescorted temporary absence is hereby quashed.
2. The Board shall forthwith grant the applicant a new hearing before the full panel of Board members required to determine the merits of the application.
3. The applicant shall have his costs of and incidental to the motion.

avaient à trancher. De toute façon, il faut considérer que leur connaissance des faits qui découlait de leur examen du dossier seulement, sans qu'ils aient entendu le requérant, équivalait à une ignorance suffisante pour les empêcher de rendre un jugement équitable sur le bien-fondé de la demande. À mon avis, tous les membres de la Commission appelés à se prononcer sur la demande doivent l'entendre et l'omission d'agir ainsi constitue une violation du principe de l'équité fondamentale. Il s'ensuit que la décision de la Commission est nulle.

Par ces motifs, la requête du requérant est accueillie avec dépens.

ORDONNANCE

1. La décision par laquelle la *Commission nationale des libérations conditionnelles* a rejeté la demande d'absence temporaire sans escorte présentée par le requérant est donc annulée.
2. La Commission doit, sans délai, donner au requérant l'occasion de se faire entendre devant tous les membres de la Commission appelés à se prononcer sur le bien-fondé de la demande.
3. Le requérant a droit aux dépens et aux autres frais de la requête.