

T-398-00
2001 FCT 309

T-398-00
2001 CFPI 309

Barry McCabe (*Applicant*)

Barry McCabe (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

*INDEXED AS: MCCABE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: MCCABE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(1^{re} INST.)*

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Vancouver,
March 27; Ottawa, April 9, 2001.

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—
Vancouver, 27 mars; Ottawa, 9 avril 2001.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Applicant serving life sentence for manslaughter — Judicial review of National Parole Board's recommendation applicant's request for escorted temporary absences (ETAs) be denied — Under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 17 such requests made to institutional head — Latter consulting Board as to appropriateness of requests — After noting Board's negative recommendation, institutional head denying requests — Within Court's jurisdiction to review Board's recommendation — Definition of "federal board" in Federal Court Act (FCA), s. 2 satisfied as long as administrative act undertaken by body having statutory powers — Board clearly granted statutory authority under CCRA, Part II — "Matter" in FCA, s. 18.1 not limited to decisions, orders — Court's jurisdiction not limited to reviewing "decisions" — Includes review of administrative acts to which s. 18 remedies might apply — Non-dispositive decisions reviewable if affecting subject's interests — Board's recommendation played prominent role in institutional head's decision — Recommendation sufficiently prejudicial to applicant's interests to warrant judicial intervention.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demandeur purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité pour homicide involontaire coupable — Contrôle judiciaire de la recommandation de la Commission nationale des libérations conditionnelles selon laquelle la demande de permission de sortir avec escorte (PSE) doit être rejetée — En vertu de l'art. 17 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC), de telles demandes doivent être adressées au directeur du pénitencier — Ce dernier a consulté la Commission sur l'opportunité de la demande — Après avoir souligné la recommandation défavorable de la Commission, le directeur du pénitencier a refusé la demande — La Cour a compétence pour contrôler la recommandation de la Commission — La définition d'«office fédéral» figurant à l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale (LCF) s'applique dans la mesure où l'acte administratif en question est accompli par une personne ou un organisme ayant des pouvoirs conférés par la loi — La partie II de la LSCMLC confère clairement un pouvoir à la Commission — L'expression «l'objet de la demande» figurant à l'art. 18.1 de la LCF ne vise pas seulement les décisions ou ordonnances — La compétence de la Cour ne se limite pas au contrôle des «décisions» — Elle s'étend au contrôle des actes administratifs susceptibles d'être visés par les réparations prévues à l'art. 18 — Les décisions provisoires sont susceptibles de contrôle si elles touchent les intérêts de la personne visée — La recommandation de la Commission a joué un rôle important dans la décision défavorable du directeur du pénitencier — La recommandation était suffisamment préjudiciable aux intérêts du demandeur pour justifier l'examen judiciaire.

Administrative Law — Judicial review — Declarations — Convict, serving life sentence, seeking escorted temporary absences (ETAs) — Warden having statutory power to deal with such applications — Warden consulting National Parole Board (NPB) as to whether request appropriate — Recommending denial of request — Warden following advice — Federal Court having jurisdiction to review Board

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Détenu purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité sollicitant la permission de sortir avec escorte (PSE) — Le directeur a le pouvoir légal de statuer sur de telles demandes — Le directeur a consulté la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC) sur l'opportunité de la demande — Celle-ci a recommandé le

recommendation — Once body has powers conferred by federal statute, all its actions affecting individual's rights are subject to judicial review — As principle of administrative law, non-dispositive decisions reviewable if affecting subject's interests — Fundamental public law principle all government action must be supported by grant of legal authority — NPB lacking power to conduct hearings, issue recommendations as to ETA requests — Declaration granted NPB acted without jurisdiction — Declaration granted NPB acted without jurisdiction in releasing recommendations to media.

Parole — Judicial review of NPB recommendation to deny request for escorted temporary absences (ETAs) — Applicant serving life sentence for manslaughter — Under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 17 such requests made to institutional head — Latter consulting Board as to appropriateness of requests — Board recommending denial of requests, releasing recommendation to media — Institutional head denying requests — Fundamental principle of public law all governmental action must be supported by grant of legal authority — CCRA not granting Board power to conduct hearings, review evidence, find facts, issue recommendations with respect to requests for ETAs — S. 17(1) giving institutional head decision-making authority subject to Criminal Code, s. 746.1 (not applicable herein) — No statutory requirement for institutional head to obtain Board's approval with respect to ETA application — Board exceeded jurisdiction — CCRA, s. 144(2) permitting Board to release decisions to public, but since Board's recommendation not decision, should not have been released to media.

This was an application for judicial review of a recommendation made by the National Parole Board relating to the applicant's application for escorted temporary absences (ETAs). The applicant has been incarcerated since 1993, serving a life sentence for manslaughter. In 1999 he requested the ETAs to participate in the Long-Term Inmates Now in the Community program. The institutional head (warden) consulted the Board on the appropriateness of the request. The Board conducted a hearing into the request, during which one of the Board members referred to a Report to Crown Counsel in which a police officer speculated that the applicant's killing of his mother included sexual assault.

rejet de la demande — Le directeur a suivi l'avis — La Cour fédérale a compétence pour contrôler la recommandation de la Commission — Dès qu'un organisme a des pouvoirs conférés par une loi fédérale, toutes ses actions qui touchent les droits d'une personne sont susceptibles de contrôle judiciaire — Un principe de droit administratif énonce que les décisions provisoires sont susceptibles de contrôle si elles touchent les intérêts de la personne visée — Selon un principe fondamental de droit public, tous les actes gouvernementaux doivent se fonder sur un pouvoir conféré par la loi — La CNLC n'a pas le pouvoir de tenir des audiences ni d'émettre des recommandations relativement aux demandes de PSE — Une déclaration selon laquelle la CNLC a agi sans compétence est accordée — Une déclaration selon laquelle la CNLC a agi sans compétence en communiquant sa recommandation aux médias est accordée.

Libération conditionnelle — Contrôle judiciaire de la recommandation de la CNLC de refuser une demande de permission de sortir avec escorte (PSE) — Demandeur purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité pour homicide involontaire coupable — En vertu de l'art. 17 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC), de telles demandes doivent être adressées au directeur du pénitencier — Ce dernier a consulté la Commission sur l'opportunité de la demande — La Commission a recommandé le rejet de la demande et a communiqué sa recommandation aux médias — Le directeur du pénitencier a refusé la demande — Selon un principe fondamental de droit public, tous les actes gouvernementaux doivent se fonder sur un pouvoir conféré par la loi — La LSCMLC ne confère pas à la Commission le pouvoir de tenir des audiences, d'examiner la preuve, de tirer des conclusions de fait ou d'émettre des recommandations relativement aux demandes de PSE — L'art. 17(1) donne au directeur du pénitencier le pouvoir de prendre des décisions, sous réserve de l'art. 746.1 du Code criminel (non applicable en l'espèce) — La loi n'exige pas que le directeur du pénitencier obtienne l'approbation de la Commission relativement à une demande de PSE — La Commission a outrepassé sa compétence — L'art. 144(2) de la LSCMLC permet à la Commission de communiquer ses décisions au public, mais puisque la recommandation de la Commission n'était pas une décision, elle n'aurait pas dû être communiquée aux médias.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une recommandation faite par la Commission nationale des libérations conditionnelles relativement à la demande de permission de sortir avec escorte (PSE) présentée par le demandeur. Le demandeur est incarcéré depuis 1993 et purge une peine d'emprisonnement à perpétuité pour homicide involontaire coupable. En 1999, il a fait une demande de PSE en vue de participer au Long-Term Inmates Now in the Community Program. Le directeur du pénitencier (le directeur) a consulté la Commission sur l'opportunité de la demande. La Commission a tenu une audience relative à la demande, au cours de laquelle l'un de

The applicant was questioned about the allegation, although he had not been given a copy of the report prior to the hearing. The Board recommended that the applicant's request be denied, referring to physical evidence of a sexual assault, which the applicant adamantly denied, while refusing to provide a sample for DNA testing which could have exonerated him. The Board released its recommendation to two media outlets. After noting the Board's negative recommendation and concern that the applicant needed further therapy, the institutional head denied the applicant's request.

Corrections and Conditional Release Act (CCRA), subsection 17(1) permits an institutional head to authorize absences from the institution subject to *Criminal Code* section 746.1. Code, subsection 746.1(2) provides, in respect of a person sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole for a specified number of years, that until the expiration of all but three years of the specified number of years of imprisonment, except with the approval of the National Parole Board, no absence with escort otherwise than for medical reasons or in order to attend judicial proceedings or a coroner's inquest may be authorized.

The issues were: (1) whether the Federal Court had jurisdiction to review the Board's recommendation; (2) if so, whether it was within the Board's jurisdiction to issue a recommendation in the circumstances herein; (3) if so, whether the Board denied the applicant procedural fairness or based its recommendation on an erroneous finding of fact; (4) whether the Board exceeded its jurisdiction in releasing its recommendation to the media.

Held, the application should be allowed.

(1) The key issue was whether the Board was acting as a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning of *Federal Court Act*, sections 2, 18 and 18.1. This question was specifically dealt with in *Steele v. Canada (National Parole Board)* wherein it was held that since section 746.1 did not apply there was no statutory requirement for the institutional head to obtain the Board's approval. Since the Board was not exercising a statutory power, its recommendation was not a reviewable decision. Such a restrictive interpretation of "federal board" would preclude review of *ultra vires* administrative acts that are the very subject of remedies provided for under section 18. The purpose of the definition of a "federal board" in subsection 2(1) is to distinguish between types of bodies, not types of

ses membres a mentionné un rapport destiné à l'avocat de la Couronne dans lequel un policier a posé l'hypothèse que l'homicide commis par le demandeur contre sa mère comportait une agression sexuelle. Le demandeur a été interrogé sur cette allégation, mais une copie du rapport ne lui avait pas été fournie avant l'audience. La Commission a recommandé le rejet de la demande présentée par le demandeur en faisant référence à des éléments de preuve matérielle d'agression sexuelle, ce que le demandeur a fermement nié tout en refusant de fournir un échantillon de substances corporelles aux fins d'un test d'ADN qui aurait pu le disculper. La Commission a communiqué sa recommandation à deux organes de presse. Après avoir souligné la recommandation défavorable de la Commission et le fait que celle-ci estimait que le demandeur avait besoin de poursuivre sa thérapie, le directeur du pénitencier a refusé la demande présentée par le demandeur.

Le paragraphe 17(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLC) permet au directeur d'un pénitencier d'autoriser des sorties de l'établissement, sous réserve de l'article 746.1 du *Code criminel*. Le paragraphe 746.1(2) du Code prévoit qu'en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité assortie d'un délai préalable à la libération conditionnelle, il ne peut être accordé, sauf au cours des trois années précédant l'expiration de ce délai, de permission de sortir avec escorte, sauf pour des raisons médicales ou pour comparution dans le cadre de procédures judiciaires ou d'enquêtes du coroner, sans l'agrément de la Commission nationale des libérations conditionnelles.

Les questions en litige étaient de savoir: 1) si la Cour fédérale avait compétence pour contrôler la recommandation de la Commission; 2) dans l'affirmative, si la Commission avait compétence pour émettre une recommandation dans les circonstances de l'espèce; 3) dans l'affirmative, si la Commission a privé le demandeur de l'équité procédurale ou fondé sa recommandation sur une conclusion de fait erronée; 4) si la Commission a outrepassé sa compétence en communiquant sa recommandation aux médias.

Jugement: la demande est accueillie.

1) La question fondamentale était de savoir si la Commission agissait en tant qu'«office fédéral» au sens des articles 2, 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour s'est penchée directement sur cette question dans l'affaire *Steele c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, où elle a jugé qu'étant donné que l'article 746.1 ne s'appliquait pas, la loi n'exigeait pas que le directeur du pénitencier obtienne l'approbation de la Commission. Puisque la Commission n'exerçait pas un pouvoir conféré par la loi, sa recommandation ne constituait pas une décision susceptible de contrôle. Une interprétation aussi restrictive de l'expression «office fédéral» empêcherait le contrôle des actes administratifs *ultra vires*, qui constituent l'objet même des recours prévus par l'article 18. La

actions. The *Federal Court Act* applies to bodies that derive their powers from Acts of Parliament. Once a body is found to have powers conferred by an Act of Parliament, then all actions of that body affecting the rights of an individual are subject to judicial review. The definition of “federal board” is satisfied as long as the administrative act in question is undertaken by a person or body having statutory powers. The National Parole Board is clearly granted statutory authority under part II of the CCRA. Thus the Board is a “federal board” as defined by *Federal Court Act*, section 2 when exercising this statutory power.

“Matter” is not limited to “decisions or orders”, but includes any matter in respect of which a remedy may be available under section 18. The Court’s jurisdiction is not limited to reviewing “decisions”, but includes review of administrative acts to which section 18 remedies might apply. This Court has jurisdiction to consider whether the Board acted *ultra vires* or misused its authority in issuing a recommendation against the applicant.

There was no merit to the argument that the Board’s recommendation was not reviewable because it was not a “final decision that disposes of a substantive question”. Non-dispositive decisions are reviewable if they affect the subject’s interests. The Board’s recommendation played a prominent, if not determinative, part of the institutional head’s negative decision. Moreover, the Board’s opinion was obviously important to the warden since he requested it in the absence of any statutory requirement to do so. The recommendation was sufficiently prejudicial to the applicant’s interests to warrant judicial scrutiny.

(2) It is a fundamental principle of public law that all governmental action be supported by a grant of legal authority. No provision of the CCRA grants the Board power to conduct hearings, review evidence, find facts or issue recommendations with respect to requests for ETAs. Subsection 17(1) clearly gives the institutional head the decision-making authority subject to the *caveat* in *Criminal Code*, section 746.1. That provision did not apply here because the requested ETA would not occur more than three years before the specified number of years of imprisonment. There is no statutory requirement under such circumstances for the institutional head to obtain the Board’s approval with respect to an ETA application.

définition d’«office fédéral» figurant au paragraphe 2(1) vise à différencier les genres d’organismes, et non les genres d’actions. La *Loi sur la Cour fédérale* s’applique aux organismes qui tirent leurs pouvoirs des lois fédérales. Dès qu’il est conclu qu’un organisme a des pouvoirs conférés par une loi fédérale, toutes les actions de cet organisme qui touchent les droits d’une personne sont susceptibles de contrôle judiciaire. La définition d’«office fédéral» s’applique dans la mesure où l’acte administratif en question est accompli par une personne ou un organisme ayant des pouvoirs conférés par la loi. La partie II de la LSCMLC confère clairement un pouvoir à la Commission nationale des libérations conditionnelles. Par conséquent, celle-ci est un «office fédéral» au sens de l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* lorsqu’elle exerce ce pouvoir.

«L’objet de la demande» ne se limite pas aux «décisions ou ordonnances», mais englobe toute question à l’égard de laquelle il est possible d’obtenir réparation en application de l’article 18. La compétence de la Cour ne se limite pas au contrôle des «décisions», mais s’étend au contrôle des actes administratifs susceptibles d’être visés par les réparations prévues à l’article 18. La Cour a compétence pour déterminer si la Commission a outrepassé sa compétence ou abusé de son pouvoir en émettant une recommandation défavorable au demandeur.

Il n’y avait aucun fondement à l’argument selon lequel la recommandation de la Commission n’était pas susceptible de contrôle parce qu’elle ne constituait pas une «décision définitive qui tranche une question fondamentale». Les décisions provisoires sont susceptibles de contrôle si elles touchent les intérêts de la personne visée. La recommandation de la Commission a joué un rôle important, voire déterminant, dans la décision défavorable du directeur du pénitencier. Qui plus est, l’avis de la Commission était manifestement important pour le directeur puisque celui-ci l’a demandé sans y être obligé par la loi. La recommandation était suffisamment préjudiciable aux intérêts du demandeur pour justifier l’examen judiciaire.

2) Selon un principe fondamental de droit public, tous les actes gouvernementaux doivent se fonder sur un pouvoir conféré par la loi. Il n’y a dans la LSCMLC aucune disposition conférant à la Commission le pouvoir de tenir des audiences, d’examiner la preuve, de tirer des conclusions de fait ou d’émettre des recommandations relativement aux demandes de PSE. Le paragraphe 17(1) donne clairement au directeur du pénitencier le pouvoir de prendre des décisions, sous réserve de la restriction prévue par l’article 746.1 du *Code criminel*. Cette disposition ne s’appliquait pas en l’espèce parce que la PSE demandée ne serait pas accordée plus de trois ans avant l’expiration du délai préalable à la libération conditionnelle. Dans de tels cas, la loi n’exige pas que le directeur du pénitencier obtienne l’approbation de la Commission relativement à une demande de PSE.

(3) Since the Board had exceeded its jurisdiction, it was unnecessary to consider what procedural or substantive requirements were required.

(4) Pursuant to CCRA, subsection 144(2) the Board may release its decisions to the public subject to certain conditions. Since the Board's recommendation was not a "decision" it should not have been released to the media.

3) Étant donné que la Commission avait outrepassé sa compétence, il n'y avait pas lieu de déterminer quelles exigences de procédure ou de fond s'appliquaient.

4) En vertu du paragraphe 144(2) de la LSCMLC, la Commission peut communiquer ses décisions au public à certaines conditions. Étant donné que la recommandation de la Commission n'était pas une «décision», elle n'aurait pas dû être communiquée aux médias.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 2, 17 (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 108).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 746.1 (as enacted by S.C. 1995, c. 22, s. 6; c. 42, s. 87(b)).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 18, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Markevich v. Canada, [1999] 3 F.C. 28; (1999), 172 D.L.R. (4th) 164; 99 DTC 5136; 163 F.T.R. 209 (T.D.); *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.); *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1999] 1 F.C. 483; (1998), 29 C.E.L.R. (N.S.) 21; 238 N.R. 88 (C.A.); *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1980), 31 O.R. (2d) 520; 119 D.L.R. (3d) 101; 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A.); *Kampman v. Canada (Treasury Board)*, [1996] 2 F.C. 798; (1996), 134 D.L.R. (4th) 672; 19 C.C.E.L. (2d) 256; 195 N.R. 321 (C.A.); *Steele v. Canada (National Parole Board)*, [1998] F.C.J. 1428 (T.D.) (QL) (as to Board's lack of jurisdiction).

NOT FOLLOWED:

Steele v. Canada (National Parole Board), [1998] F.C.J. 1428 (T.D.) (QL) (as to issue of whether the Board was acting as a "federal board, commission or other tribunal").

AUTHORS CITED

Brown, D. J. M. and Evans, J. M. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf ed. Toronto: Canvasback Publishing, 1998.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 746.1 (édicte par L.C. 1995, ch. 22, art. 6; ch. 42, art. 87b)).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 18, art. 1), 18 (mod. *idem*, art. 4), 18.1 (édicte *idem*, art. 5).
Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36.
Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. (1985), ch. C-17.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 2, 17 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 7; 1998, ch. 35, art. 108).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Markevich c. Canada, [1999] 3 C.F. 28; (1999), 172 D.L.R. (4th) 164; 99 DTC 5136; 163 F.T.R. 209 (1^{re} inst.); *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.); *Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1999] 1 C.F. 483; (1998), 29 C.E.L.R. (N.S.) 21; 238 N.R. 88 (C.A.); *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1980), 31 O.R. (2d) 520; 119 D.L.R. (3d) 101; 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A.); *Kampman c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1996] 2 C.F. 798; (1996), 134 D.L.R. (4th) 672; 19 C.C.E.L. (2d) 256; 195 N.R. 321 (C.A.); *Steele c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1998] A.C.F. 1428 (1^{re} inst.) (QL) (sur l'absence de compétence de la Commission).

DÉCISION NON SUIVIE:

Steele c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles), [1998] A.C.F. 1428 (1^{re} inst.) (QL) (sur la question de savoir si la Commission agissait à titre d'«office fédéral»).

DOCTRINE

Brown, D. J. M. and Evans, J. M. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, éd. en feuilles mobiles Toronto: Canvasback Publishing, 1998.

APPLICATION for judicial review of a National Parole Board recommendation that a convict serving a life sentence be denied escorted temporary absences. Application granted.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une recommandation de la Commission nationale des libérations conditionnelles selon laquelle un détenu purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité doit se voir refuser la permission de sortir avec escorte. Demande accueillie.

APPEARANCES:

Garth Barriere for applicant.
Raymond Leong for respondent.

ONT COMPARU:

Garth Barriere pour le demandeur.
Raymond Leong pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Garth Barriere, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Garth Barriere, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

The following are the reasons for order and order rendered in English by

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

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application for judicial review made under section 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] (the Act) of a recommendation made by the National Parole Board (the Board) relating to the applicant's application for escorted temporary absences (ETAs).

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] (la Loi), contre une recommandation faite par la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) relativement à la demande de permission de sortir avec escorte (PSE) présentée par le demandeur.

[2] The applicant is serving a life sentence at Mission Institution for the manslaughter of his mother. He has been incarcerated since January 8, 1993.

[2] Le demandeur purge une peine d'emprisonnement à perpétuité à l'établissement Mission pour l'homicide involontaire coupable de sa mère. Il est incarcéré depuis le 8 janvier 1993.

[3] On June 27, 1999, the applicant made a request for ETAs so that he could attend the Long-Term Inmates Now in the Community Program (LINC). Such requests are made to the institutional head (warden), pursuant to subsection 17(1) [as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 108] of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the CCRA).

[3] Le 27 juin 1999, le demandeur a fait une demande de PSE en vue de participer au Long-Term Inmates Now in the Community Program (LINC). De telles demandes sont adressées au directeur du pénitencier (le directeur) aux termes du paragraphe 17(1) [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 7; 1998, ch. 35, art. 108] de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la LSCMLC).

[4] The institutional head consulted the Board on the appropriateness of the applicant's request. On October

[4] Le directeur du pénitencier a consulté la Commission sur l'opportunité de la demande. Le 15 octo-

15, 1999, the Board conducted a hearing into the request, which was attended by the applicant.

[5] During the hearing, one of the Board members referred to a report to Crown counsel, which was presumably part of the police investigation into the homicide of the applicant's mother. In the report, a police officer speculated that the applicant's offence included sexual assault. The applicant was questioned about the allegation by the Board, though a copy of the report was not shared with the applicant prior to the hearing.

[6] That same day, the Board issued a "recommendation" to the institutional head that the applicant's request be denied. The following portion of the Board's findings are particularly relevant:

You [the applicant] are serving a Life (maximum) sentence for Manslaughter. You strangled and stabbed your mother to death. There was physical evidence that she had been sexually assaulted. At the time of your arrest and for many years after, you showed no evidence of remorse for this crime. You also adamantly deny sexually assaulting her though you refused to provide a sample for DNA testing that could have exonerated you for this aspect of the crime [Applicant's Record, Vol. I, Tab 3 at pp. 114-115].

[7] On October 19, 1999, the Board released its recommendation to two different media outlets.

[8] On November 9, 1999, the institutional head denied the applicant's request as follows:

The National Parole Board was consulted about Escorted Temporary Absences for Mr. McCabe. The Board recommended negatively. The concern was that Mr. McCabe has just begun to acknowledge his problems, and begin therapy to work on his problems. The Board felt that Mr. McCabe needed further therapy and treatment.

It was revealed at the Unit Board 1999-11-09 that Mr. McCabe had recently stopped his one to one sessions with the psychologist. It has become apparent that there are problems that must be addressed before this case can be considered ready for conditional release.

bre 1999, la Commission a tenu une audience relative à la demande, à laquelle a participé le demandeur.

[5] Au cours de l'audience, l'un des membres de la Commission a mentionné un rapport destiné à l'avocat de la Couronne qui avait probablement été préparé dans le cadre de l'enquête policière relative à l'homicide de la mère du demandeur. Dans le rapport, un policier a posé l'hypothèse que l'infraction commise par le demandeur comportait une agression sexuelle. Le demandeur a été interrogé sur cette allégation par la Commission, mais une copie du rapport ne lui avait pas été fournie avant l'audience.

[6] Le jour même, la Commission a fait au directeur du pénitencier la «recommandation» que la demande présentée par le demandeur soit rejetée. L'extrait suivant des conclusions de la Commission est particulièrement pertinent:

[TRADUCTION] Vous [le demandeur] purgez une peine à perpétuité (maximale) pour homicide involontaire coupable. Vous avez étranglé et poignardé votre mère jusqu'à ce que mort s'ensuive. Il y avait des éléments de preuve matérielle indiquant qu'elle avait été agressée sexuellement. Au moment de votre arrestation et pendant de nombreuses années, vous n'avez fait preuve d'aucun remords pour ce crime. Vous niez fermement l'avoir agressé sexuellement, mais vous avez refusé de fournir un échantillon de substances corporelles aux fins d'un test d'ADN qui aurait pu vous disculper de cette partie du crime [. . .] [Dossier du demandeur, vol. I, onglet 3, aux p. 114 et 115.]

[7] Le 19 octobre 1999, la Commission a communiqué sa recommandation à deux organes de presse différents.

[8] Le 9 novembre 1999, le directeur du pénitencier a refusé ainsi la demande présentée par le demandeur:

[TRADUCTION] La Commission nationale des libérations conditionnelles a été consultée au sujet des permissions de sortir avec escorte pour M. McCabe. La Commission a fait une recommandation défavorable. Ses réserves provenaient du fait que M. McCabe commençait tout juste à reconnaître ses problèmes et à suivre une thérapie pour les régler. La Commission a estimé que M. McCabe avait besoin de poursuivre sa thérapie et ses traitements.

Il a été révélé à la réunion du 9-11-99 du Comité d'unité que M. McCabe avait récemment cessé d'assister aux séances individuelles avec le psychologue. Il est clair que certains problèmes doivent être réglés avant le sujet puisse être considéré prêt à la libération sous condition.

The Escorted Temporary Absence is not approved. [*Ibid.*, at p. 120.]

La permission de sortir avec escorte est refusée. [*Ibid.*, à la p. 120.]

[9] On February 28, 2000, the applicant filed an application for judicial review to this Court.

[9] Le 28 février 2000, le demandeur a déposé une demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour.

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[10] *Federal Court Act* [sections 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5)]:

2. (1) In this Act,

...

“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 Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, 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*;

...

18. (1) Subject to section 28, 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.

...

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within thirty days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[10] *Loi sur la Cour fédérale* [articles 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5)]:

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[. . .]

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale, à l’exclusion d’un organisme constitué sous le régime d’une loi provinciale ou d’une personne ou d’un groupe de personnes nommées aux termes d’une loi provinciale ou de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[. . .]

18. (1) Sous réserve de l’article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l’alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d’obtenir réparation de la part d’un office fédéral.

[. . .]

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l’objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l’office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu’un juge de la Section de première instance peut, avant ou après l’expira-

affected thereby, or within such further time as a judge of the Trial Division may, either before or after the expiration of those thirty days, fix or allow.

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

(4) The Trial Division may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

[11] *Corrections and Conditional Release Act:*

2. (1) In this Part,

...

“institutional head”, in relation to a penitentiary, means the person who is normally in charge of the penitentiary;

...

17. (1) Where, in the opinion of the institutional head,

tion de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) Sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l’office fédéral en cause d’accomplir tout acte qu’il a illégalement omis ou refusé d’accomplir ou dont il a retardé l’exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu’elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l’office fédéral.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l’office fédéral, selon le cas:

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l’exercer;

b) n’a pas observé un principe de justice naturelle ou d’équité procédurale ou toute autre procédure qu’il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d’agir en raison d’une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

[11] *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition:*

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

[. . .]

“institutional head”, in relation to a penitentiary, means the person who is normally in charge of the penitentiary; [Version anglaise seulement]

[. . .]

17. (1) Sous réserve de l’article 746.1 du *Code criminel* et du paragraphe 140.3(2) de la *Loi sur la défense nationale*, le directeur du pénitencier peut autoriser un délinquant à sortir si celui-ci est escorté d’une personne—agent ou autre—habilitée à cet effet par lui lorsque, à son avis:

(a) an inmate will not, by reoffending, present an undue risk to society during an absence authorized under this section,

(b) it is desirable for the inmate to be absent from penitentiary, escorted by a staff member or other person authorized by the institutional head, for medical, administrative, community service, family contact, personal development for rehabilitative purposes, or compassionate reasons, including parental responsibilities,

(c) the inmate's behaviour while under sentence does not preclude authorizing the absence, and

(d) a structured plan for the absence has been prepared,

the absence may, subject to section 746.1 of the *Criminal Code* and subsection 140.3(2) of the *National Defence Act*, be authorized by the institutional head

(e) for an unlimited period for medical reasons, or

(f) for reasons other than medical,

(i) for a period not exceeding five days, or

(ii) with the Commissioner's approval, for a period exceeding five days but not exceeding fifteen days.

[12] *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [section 746.1 (as enacted by S.C. 1995, c. 22, s. 6; c. 42, s. 87(b))]:

746.1 (1) . . .

(2) Subject to subsection (3), in respect of a person sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole for a specified number of years pursuant to this Act, until the expiration of all but three years of the specified number of years of imprisonment,

. . .

(c) except with the approval of the National Parole Board, no absence with escort otherwise than for medical reasons or in order to attend judicial proceedings or a coroner's inquest may be authorized under either of those Acts.

ISSUES

[13] The issues to be addressed in this application are:

(A) Does the Federal Court have jurisdiction to review the Board's recommendation?

(B) If so, was it within the Board's jurisdiction to issue a recommendation under the circumstances of this case?

a) une récidive du délinquant pendant la sortie ne présentera pas un risque inacceptable pour la société;

b) il l'estime souhaitable pour des raisons médicales, administratives, de compassion ou en vue d'un service à la collectivité, ou du perfectionnement personnel lié à la réadaptation du délinquant, ou pour lui permettre d'établir ou d'entretenir des rapports familiaux notamment en ce qui touche ses responsabilités parentales;

c) la conduite du détenu pendant la détention ne justifie pas un refus;

d) un projet structuré de sortie a été établi.

La permission est accordée soit pour une période maximale de cinq jours ou, avec l'autorisation du commissaire, de quinze jours, soit pour une période indéterminée s'il s'agit de raisons médicales.

[12] *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [article 746.1 (édicte par L.C. 1995, ch. 22, art. 6; ch. 42, art. 87b))]:

746.1 (1) [. . .]

(2) Sous réserve du paragraphe (3), en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité assortie, conformément à la présente loi, d'un délai préalable à la libération conditionnelle, il ne peut être accordé, sauf au cours des trois années précédant l'expiration de ce délai:

[. . .]

c) de permission de sortir avec escorte, sous le régime d'une de ces lois, sauf pour des raisons médicales ou pour comparution dans le cadre de procédures judiciaires ou d'enquêtes du coroner, sans l'agrément de la Commission nationale des libérations conditionnelles.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[13] Les questions à trancher dans la présente demande sont les suivantes:

A) La Cour fédérale a-t-elle compétence pour contrôler la recommandation de la Commission?

B) Dans l'affirmative, la Commission avait-elle compétence pour émettre une recommandation dans les circonstances de la présente affaire?

(C) If so, did the Board deny the applicant procedural fairness or base its recommendation on an erroneous finding of fact?

(D) Did the Board act beyond its jurisdiction in releasing its recommendation to the media?

ANALYSIS

(A) Does the Federal Court have jurisdiction to review the Board's recommendation?

[14] The key issue in this dispute involves this Court's jurisdiction to review the Board's recommendation. Once this is answered, the other issues can be addressed in short order.

[15] The issue is whether the Board in this particular context was acting as a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning of subsection 2(1), sections 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*. This question was specifically dealt with by this Court in *Steele v. Canada (National Parole Board)*, [1998] F.C.J. 1428 (T.D.) (QL). The inmate in that case was similarly seeking judicial review of the Board's recommendation against his request for ETAs. The Court [at paragraphs 7-8] determined that since the Board was not exercising a statutory power, its recommendation was not a reviewable decision:

Clearly, section 746.1 [of the *Criminal Code*] does not apply to this applicant who has been incarcerated since January 18, 1985, with a ten year parole ineligibility. Thus, it was not for the Board but for the institutional head to decide whether or not escorted temporary absences ought to be granted to the applicant. Consequently, as alleged by the respondent, the Board was not exercising a jurisdiction provided by a federal act and was therefore "not acting as a federal board, commission or other tribunal" within the meaning of sections 2, 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*. Section 2 of the *Federal Court Act* defines "federal board, commission or other tribunal" as meaning "any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown".

C) Dans l'affirmative, la Commission a-t-elle privé le demandeur de l'équité procédurale ou fondé sa recommandation sur une conclusion de fait erronée?

D) La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence en communiquant sa recommandation aux médias?

ANALYSE

A) La Cour fédérale a-t-elle compétence pour contrôler la recommandation de la Commission?

[14] La principale question en litige consiste à savoir si la Cour a compétence pour contrôler la recommandation de la Commission. Une fois cette question résolue, les autres questions peuvent être réglées rapidement.

[15] La question est de savoir si, dans le contexte de la présente affaire, la Commission agissait en tant qu'«office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) et des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour s'est penchée directement sur cette question dans l'affaire *Steele c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1998] A.C.F. 1428 (1^{re} inst.) (QL). Dans cette affaire, le détenu sollicitait également le contrôle judiciaire de la recommandation défavorable de la Commission relativement à sa demande de PSE. La Cour (aux paragraphes 7 et 8) a jugé qu'étant donné que la Commission n'exerçait pas un pouvoir conféré par la loi, sa recommandation ne constituait pas une décision susceptible de contrôle:

Manifestement, l'article 746.1 [du *Code criminel*] ne s'applique pas au présent demandeur, qui est incarcéré depuis le 18 janvier 1985 et fait l'objet d'une condamnation assortie d'un délai préalable de dix ans à la libération conditionnelle. Ce n'était donc pas à la Commission mais au directeur du pénitencier qu'il appartenait de décider s'il y avait lieu d'accorder au demandeur des permissions de sortir avec escorte. Par conséquent, comme le soutient le défendeur, la Commission n'exerçait pas un pouvoir conféré par une loi fédérale et «n'agissait donc pas en tant qu'office fédéral» au sens des articles 2, 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* définit un «office fédéral» de la façon suivante: «conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale».

It follows that the “decision” of the Board is not a decision reviewable by this Court and it is not necessary therefore to pursue the other issues.

[16] The respondent’s argument generally mirrors this reasoning. The applicant has been incarcerated since January 8, 1993 with a life sentence without specified parole eligibility. Subsection 746.1(2) of the *Criminal Code* is therefore not engaged because the requested ETAs would not occur more than three years before the specified number of years of imprisonment. There is no statutory requirement under such circumstances for the institutional head to obtain the Board’s approval with respect to an ETA application. The ultimate authority to make the decision, as provided under subsection 17(1) of the CCRA, lies with the institutional head. The Board was not acting under statutory authority, but simply under policy set by the Commissioner of Corrections. As such, it was not acting as a “federal board” within the meaning of the *Federal Court Act*.

[17] With respect, I do not accept such a restrictive interpretation of a “federal board”. In my opinion, the narrow reading of the Court’s jurisdiction suggested by the respondent would limit judicial review to administrative decisions made pursuant to a statutory power. This would effectively preclude review of *ultra vires* administrative acts that are the very subject of remedies provided for under section 18.

[18] I fully agree with the applicant that the purpose of the definition of a “federal board” in subsection 2(1) of the *Federal Court Act* is to distinguish between types of bodies not types of actions. The *Federal Court Act* applies to bodies that derive their powers from Acts of Parliament. Once a body is found to have powers conferred by an Act of Parliament, then all actions of that body affecting the rights of an individual are subject to judicial review.

[19] This question was addressed by Evans J. in *Markevich v. Canada*, [1999] 3 F.C. 28 (T.D.), where

Il s’ensuit que la «décision» de la Commission n’est pas une décision susceptible de contrôle par la Cour et qu’il n’est donc pas nécessaire de poursuivre l’étude des autres questions.

[16] De façon générale, l’argumentation du défendeur suit ce raisonnement. Le demandeur est incarcéré depuis le 8 janvier 1993 et purge une peine d’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération sous condition. Le paragraphe 746.1(2) du *Code criminel* ne s’applique donc pas puisque la PSE demandée ne serait pas accordée plus de trois ans avant l’expiration du délai préalable à la libération conditionnelle. Dans un tel cas, la loi n’exige pas que le directeur du pénitencier obtienne l’approbation de la Commission relativement à une demande de PSE. En vertu du paragraphe 17(1) de la LSCMLC, c’est le directeur du pénitencier qui a le pouvoir définitif de prendre la décision. La Commission n’agissait pas en vertu d’un pouvoir conféré par la loi, mais simplement en vertu d’une politique établie par le commissaire du Service correctionnel. Elle n’agissait donc pas en tant qu’ «office fédéral» au sens de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[17] Avec égards, je n’accepte pas une interprétation aussi restrictive de l’expression «office fédéral». À mon avis, l’interprétation stricte de la compétence de la Cour qui a été proposée par le défendeur limiterait le contrôle judiciaire aux décisions administratives prises en vertu d’un pouvoir conféré par la loi. Dans les faits, cela empêcherait le contrôle des actes administratifs *ultra vires*, qui constituent l’objet même des recours prévus par l’article 18.

[18] Je suis entièrement d’accord avec le demandeur que la définition d’«office fédéral» figurant au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* vise à différencier les genres d’organismes, et non les genres d’actions. La *Loi sur la Cour fédérale* s’applique aux organismes qui tirent leurs pouvoirs des lois fédérales. Dès qu’il est conclu qu’un organisme a des pouvoirs conférés par une loi fédérale, toutes les actions de cet organisme qui touchent les droits d’une personne sont susceptibles de contrôle judiciaire.

[19] Cette question a été abordée par le juge Evans dans la décision *Markevich c. Canada*, [1999] 3 C.F.

he considered whether a letter concerning unpaid taxes issued by Revenue Canada was subject to judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act*. He concluded that the definition of a “federal board” in subsection 2(1) of the *Federal Court Act* is satisfied as long as the administrative act in question is undertaken by a person or body having statutory powers: *Markevich, supra*, at paragraphs 11-13.

[20] In the present case, the National Parole Board is clearly granted statutory authority under Part II of the CCRA. Thus, the National Parole Board when exercising or purporting to exercise this statutory power is a “federal board” as defined by subsection 2(1) of the *Federal Court Act*.

[21] The respondent further submits that the recommendation made by the National Parole Board is not even “a decision” within the meaning of section 18.1 of the *Federal Court Act*. Again, I disagree.

[22] In my view, this reasoning is put into question by the Federal Court of Appeal’s recent decision in *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). In the underlying application for judicial review, the appellants in that case were seeking orders of *mandamus*, prohibition and declaration with respect to accounting procedures which they alleged violated requirements under the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, and the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17. For purposes of the appeal, the Court had to consider whether an application for such remedies is subject to the 30-day time limit stated in subsection 18.1(2). In answering this question, the Court addressed the scope of subsection 18.1(1), which permits “anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought” to bring an application for judicial review. It determined that “matter” is not limited to “decisions or orders”, but includes any matter in respect of which a remedy may be available under section 18. Stone J.A. concluded that (at paragraph 24):

28 (1^{re} inst.), où il a examiné la question de savoir si une réclamation relative à des impôts impayés présentée par Revenu Canada était susceptible de contrôle judiciaire aux termes de l’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il a conclu que la définition d’«office fédéral» figurant au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* s’appliquait dans la mesure où l’acte administratif en question était accompli par une personne ou un organisme ayant des pouvoirs conférés par la loi: *Markevich*, précitée, aux paragraphes 11 à 13.

[20] En l’espèce, la partie II de la LSCMLC confère clairement un pouvoir à la Commission nationale des libérations conditionnelles. Par conséquent, lorsque celle-ci exerce ou prétend exercer ce pouvoir, elle est un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[21] Le défendeur soutient aussi que la recommandation faite par la Commission nationale des libérations conditionnelles n’est même pas «une décision» au sens de l’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Encore une fois, je ne suis pas d’accord.

[22] À mon avis, ce raisonnement est mis en doute par l’arrêt récemment rendu par la Cour d’appel fédérale dans *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.). Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire sous-jacente, les appelants dans cette affaire sollicitaient une ordonnance de *mandamus*, une ordonnance de prohibition ainsi qu’un jugement déclaratoire relativement à des procédures comptables qui, selon eux, contrevenaient aux exigences de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, et de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17. Pour les fins de l’appel, la Cour devait déterminer si la demande sollicitant de telles réparations était assujettie au délai de 30 jours prescrit par le paragraphe 18.1(2). Pour répondre à cette question, la Cour a examiné la portée du paragraphe 18.1(1), qui permet à «quiconque est directement touché par l’objet de la demande» de présenter une demande de contrôle judiciaire. Elle a estimé que «l’objet de la demande» ne se limitait pas aux «décisions ou ordonnances», mais qu’il englobait toute question à l’égard de laquelle il est possible

I am satisfied that the exercise of the jurisdiction under section 18 does not depend on the existence of a “decision or order.” In *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)*, [(1997), 26 C.E.L.R. (N.S.) 238 (F.C.T.D.), at pp. 241-242] Hugessen J. was of the view that a remedy envisaged by that section “does not require that there be a decision or order actually in existence as a prerequisite to its exercise.” In the present case, the existence of the general decision to proceed in accordance with the recommendations of the Canadian Institute of Chartered Accountants does not, in my view, render the subsection 18.1(2) time limit applicable so as to bar the appellants from seeking relief by way of *mandamus*, prohibition and declaration. Otherwise, a person in the position of the appellants would be barred from the possibility of ever obtaining relief under section 18 solely because the alleged invalid or unlawful act stemmed from a decision to take the alleged unlawful step. That decision did not of itself result in a breach of any statutory duties. If such a breach occurred it is because of the actions taken by the responsible Minister in contravention of the relevant statutory provisions.

[23] The Court recognized that this Court’s jurisdiction is not limited to reviewing “decisions”, but includes review of administrative acts to which section 18 remedies might apply.

[24] On the authority of *Krause* and a related decision in *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1999] 1 F.C. 483 (C.A.), at paragraph 6, I find that this Court has jurisdiction to consider whether the Board acted *ultra vires* or misused its authority in issuing a recommendation against the applicant.

[25] The respondent finally argues that the Board’s recommendation is not reviewable because it is not a “final decision that disposes of a substantive question”. I find no merit in this argument. As a principle of administrative law, non-dispositive decisions are reviewable if they affect the subject’s interests. As has been pointed out in *D. J. M. Brown and J. M. Evans, Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf ed. (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at page 2-65, the scope of judicial review “was broadened to include a decision that was fully determinative of the substantive rights of the party, even

d’obtenir réparation en application de l’article 18. Le juge Stone, J.C.A. a conclu que (au paragraphe 24):

L’exercice de la compétence prévue à l’article 18 n’est pas subordonné à l’existence d’une «décision ou ordonnance». Dans *Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [(1997), 26 C.E.L.R. (N.S.) 238 (C.F. 1^{re} inst.), aux p. 241 et 242], le juge Hugessen a fait observer que le recours prévu par cette disposition «ne dépend pas de l’existence préalable d’une décision ni d’une ordonnance». En l’espèce, l’existence d’une décision générale d’adopter les recommandations de l’Institut canadien des comptables agréés ne fait pas courir le délai de prescription du paragraphe 18.1(2) de façon à rendre les appelants irrecevables à agir en *mandamus*, prohibition ou jugement déclaratoire. Autrement, quelqu’un qui serait dans le même cas n’aurait jamais la possibilité de demander justice sous le régime de l’article 18 du seul fait que le supposé acte invalide ou illégal découle d’une décision antérieurement prise en la matière. Cette dernière décision n’est pas elle-même un manquement à quelque obligation légale que ce soit. S’il y a eu manquement, celui-ci tient aux actes accomplis par le ministre responsable en violation du texte de loi applicable.

[23] La Cour a reconnu que sa compétence ne se limitait pas au contrôle des «décisions», mais qu’elle s’étendait au contrôle des actes administratifs susceptibles d’être visés par les réparations prévues à l’article 18.

[24] Me fondant sur l’arrêt *Krause* et sur l’arrêt *Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1999] 1 C.F. 483 (C.A.), au paragraphe 6, je conclus que la Cour a compétence pour déterminer si la Commission a outrepassé sa compétence ou abusé de son pouvoir en émettant une recommandation défavorable au demandeur.

[25] En dernier lieu, le défendeur prétend que la recommandation de la Commission n’est pas susceptible de contrôle parce qu’elle ne constitue pas une «décision définitive qui tranche une question fondamentale». J’estime que cet argument est sans fondement. Il est établi en droit administratif que les décisions provisoires sont susceptibles de contrôle si elles touchent les intérêts de la personne visée. Comme il a été souligné dans *D. J. M. Brown et J. M. Evans, Judicial Review of Administrative Action in Canada*, édition en feuilles mobiles (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), à la page 2-65, la portée du

though it may not be the ultimate decision of the tribunal”.

[26] The Ontario Court of Appeal dealt with the issue of whether the requirements of procedural fairness apply to non-dispositive determinations in *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1980), 31 O.R. (2d) 520. The Advisory Review Board was charged with annually reviewing the case of patients in psychiatric facilities detained under the authority of a warrant of the Lieutenant Governor. It then provided written recommendations to the Lieutenant Governor in Council. At pages 532-533, the Court stated:

In *Martineau (No. 2)*, *supra*, Dickson J. said at pp. 622-3 S.C.R., p. 373 C.C.C., p. 405 D.L.R.:

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 my view, the [Advisory Review] Board has power to decide such a question. Grange J. observed (24 O.R. (2d) 279 at p. 292, 46 C.C.C. (2d) 342 at p. 356, 97 D.L.R. (3d) 304 at p. 318):

The Lieutenant Governor is, of course, not bound to act upon the recommendations in the report, but I do not think I go too far—indeed I think I only state the obvious—when I say that a patient’s only hope of release lies in a favourable recommendation by the Board.

Just as the Lieutenant-Governor need not act upon the Board’s report so the Board need not act upon the information and reports of the officer in charge, but there can be no question that these will influence the Board and may in many cases be decisive. If counsel for the patient seeks, as he must, to represent his client properly, one can well understand his desire, even his imperative need, to examine such reports.

I agree completely with these comments, but I would go even further. The whole purpose of the establishment of an advisory review board was to create an independent body, bringing to its task a considerable and varied expertise of its own, and likely to develop quickly an even greater expertise with the kind of problem assigned to it, with the hoped-for result that no one would be kept indefinitely in a mental institution, half-forgotten, and with his situation unreviewed

contrôle judiciaire [TRADUCTION] «s’était étendue à la décision statuant effectivement sur les droits substantiels de la partie visée, même s’il ne s’agit pas nécessairement de la décision finale du tribunal».

[26] La Cour d’appel de l’Ontario s’est penchée sur la question de savoir si les exigences de l’équité procédurale s’appliquent aux décisions provisoires, dans l’arrêt *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1980), 31 O.R. (2d) 520. Le Conseil consultatif de révision était chargé de réviser annuellement le cas des patients détenus dans des institutions psychiatriques en vertu d’un mandat délivré par le lieutenant-gouverneur. Il fournissait ensuite des recommandations écrites au lieutenant-gouverneur en conseil. Aux pages 532 et 533, la Cour a dit:

[TRADUCTION] Dans l’arrêt *Martineau (n° 2)*, précité, le juge Dickson a dit aux pages 622 et 623, R.C.S., à la p. 373 C.C.C., à la p. 405 D.L.R.:

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.

Je suis d’avis que le conseil [consultatif de révision] a le pouvoir de trancher une telle question. Le juge Grange a fait remarquer (24 O.R. (2d) 279, à la page 292, 46 C.C.C. (2d) 342, à la page 356, 97 D.L.R. (3d) 304, à la page 318):

[TRADUCTION] Le lieutenant-gouverneur n’est évidemment pas tenu d’agir conformément aux recommandations du rapport, mais je ne crois pas aller trop loin—d’ailleurs, j’estime que je ne fais qu’énoncer l’évidence—lorsque je dis que le seul espoir de libération d’un patient repose sur une recommandation favorable du conseil.

Tout comme le lieutenant-gouverneur n’est pas tenu d’agir conformément au rapport du conseil, le conseil n’est pas tenu d’agir conformément aux renseignements et aux rapports fournis par l’agent responsable, mais il ne peut y avoir de doute que ces derniers influencent le conseil et peuvent être déterminants dans de nombreux cas. Si l’avocat du patient cherche, comme il le doit, à bien représenter son client, son désir, voire son besoin impératif, d’examiner ces rapports est fort compréhensible.

Je suis entièrement d’accord avec ces commentaires, mais j’irais encore plus loin. L’objectif visé par la mise sur pied d’un conseil consultatif de révision était de créer un organisme indépendant, possédant une expertise vaste et diversifiée et susceptible d’acquies rapidement une expertise encore plus grande à l’égard du type de problèmes qui lui serait soumis, dans l’espoir que personne ne serait gardé indéfiniment dans un établissement psychiatrique, à demi

except by the staff of the institution. It is inherent in the conception and operation of such a board that its recommendations will virtually always be accepted.

[27] Citing *Abel*, the Federal Court of Appeal drew the same conclusion in *Kampman v. Canada (Treasury Board)*, [1996] 2 F.C. 798 (C.A.) (at paragraphs 58-59):

Before turning to the issue of adequate alternative remedies, there are two subsidiary issues to be addressed. The first is whether the case at bar can be distinguished from *Knight* on the basis that the deputy head's decision to recommend the respondent's release from the Public Service was not a "final" decision. In my view it cannot. There is much jurisprudence to the effect that a decision does not have to be final in order for a duty of fairness to attach. As expressed by H. W. R. Wade in *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1988) at pages 570-571, the power to recommend can also import the duty to be fair:

Natural justice is concerned with the exercise of power, that is to say, with acts or orders which produce legal results and in some way alter someone's legal position to his disadvantage. But preliminary steps, which in themselves may not involve immediate legal consequences, may lead to acts or orders which do so. In this case the protection of fair procedure may be needed throughout, and the successive steps must be considered not only separately but also as a whole. The question must always be whether, looking at the statutory procedure as a whole, each separate step is fair to persons affected.

...

In general, however, the courts are favourable to the observance of natural justice in the making of preliminary investigations and reports which may lead to serious legal consequences to some person. [Emphasis added; footnotes omitted.]

In short, where the power to recommend or advise holds the potential for significantly adverse consequences for the person concerned, as herein, it is clear that a duty to act fairly can arise: see *Munro (Re)* (1993), 105 D.L.R. (4th) 342 (Sask. C.A.); *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1979), 24 O.R. (2d) 279 (Div. Ct.), aff'd (1980), 31 O.R. (2d) 520 (C.A.); and J. M. Evans, ed., *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. (London: Stevens and Sons, 1980) at pages 233-237.

oublié et sans que son cas ne soit réexaminé, si ce n'est par le personnel de l'établissement. Il est inhérent à la conception et au fonctionnement d'un tel conseil que ses recommandations soient pratiquement toujours acceptées.

[27] Citant *Abel*, la Cour d'appel fédérale a tiré la même conclusion dans l'arrêt *Kampman c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1996] 2 C.F. 798 (C.A.) (aux paragraphes 58 et 59):

Avant d'aborder les autres voies de recours appropriées, il y a lieu d'examiner deux questions subsidiaires. La première consiste à savoir si le cas sous étude peut se différencier de celui de *Knight* par le fait que la décision de l'administrateur général recommandant le congédiement de l'intimée de la fonction publique n'était pas «finale». À mon avis, la réponse est non. Une abondante jurisprudence veut qu'une décision ne soit pas obligatoirement finale pour qu'une obligation d'équité s'y rattache. Comme le dit H. W. R. Wade dans *Administrative Law*, 6^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1988) aux pages 570 et 571, le pouvoir de recommander peut aussi comporter l'obligation d'agir équitablement:

[TRADUCTION] La justice naturelle se rapporte à l'exercice du pouvoir, c'est-à-dire aux actes et ordres qui ont des effets juridiques et qui, d'une certaine façon, modifient la situation juridique d'une personne en la désavantageant. Cependant, les étapes préliminaires qui, par elles-mêmes, n'ont pas de conséquences juridiques immédiates, peuvent conduire à des actes ou des ordres qui en entraînent. Dans ce cas, la protection qu'offre une procédure équitable se révélerait nécessaire tout au long et les étapes successives doivent être considérées non seulement séparément, mais dans leur ensemble. La question qui doit se poser est celle de savoir si chaque étape, vue dans le cadre d'ensemble de la procédure légale, est équitable envers les personnes touchées.

[. . .]

En général, cependant, les tribunaux favorisent le respect de la justice naturelle dans les enquêtes préliminaires et les rapports qui peuvent avoir de graves effets juridiques sur une personne. [Non souligné dans le texte; les renfois sont omis.]

En somme, lorsque le pouvoir de recommander ou d'aviser peut éventuellement avoir de graves conséquences défavorables pour la personne concernée, comme c'est le cas en l'espèce, il est clair qu'une obligation d'agir équitablement peut en résulter: voir *Munro (Re)* (1993), 105 D.L.R. (4th) 342 (C.A. Sask.); *Abel et al. and Advisory Review Board et al., (Re)* (1979), 24 O.R. (2d) 279 (C. div.), confirmé par (1980), 31 O.R. (2d) 520 (C.A.); et J. M. Evans, éditeur, *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd. (Londres: Stevens and Sons, 1980) aux pages 233 à 237.

[28] In the present case, the Board's recommendation plays a prominent if not determinative part of the institutional head's negative decision, *supra*:

The National Parole Board was consulted about Escorted Temporary Absences for Mr. McCabe. The Board recommended negatively. The concern was that Mr. McCabe has just begun to acknowledge his problems, and begin therapy to work on his problems. The Board felt that Mr. McCabe needed further therapy and treatment.

It was revealed at the Unit Board 1999-11-09 that Mr. McCabe had recently stopped his one to one sessions with the psychologist. It has become apparent that there are problems that must be addressed before this case can be considered ready for conditional release.

The Escorted Temporary Absence is not approved.

[29] Moreover, the Board's opinion was obviously important to the Warden since he requested it in the absence of any statutory requirement to do so. I am satisfied that the recommendation was sufficiently prejudicial to the applicant's interests to warrant judicial scrutiny. It is hard to imagine that the Warden would have granted the applicant's request in the face of a negative recommendation from the Board.

(B) Was it within the Board's jurisdiction to issue a recommendation under the circumstances of this case?

[30] The applicant submits that the Board acted without jurisdiction in issuing a recommendation to the institutional head. It is pointed out that in *Steele*, *supra*, at paragraph 7, Dubé J. found that the Board was in fact acting without jurisdiction:

. . . the Board was not exercising a jurisdiction provided by a federal act and was therefore "not acting as a federal board, commission or other tribunal" within the meaning of sections 2, 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*.

[31] It is a fundamental principle of public law that all governmental action be supported by a grant of legal authority: D. J. Brown and J. M. Evans, *supra*, at page 13-1. I find no provision of the CCRA that grants the Board power to conduct hearings, review

[28] En l'espèce, la recommandation de la Commission a joué un rôle important, voire déterminant, dans la décision défavorable du directeur du pénitencier, précitée:

[TRADUCTION] La Commission nationale des libérations conditionnelles a été consultée au sujet des permissions de sortir avec escorte pour M. McCabe. La Commission a fait une recommandation défavorable. Ses réserves provenaient du fait que M. McCabe commençait tout juste à reconnaître ses problèmes et à suivre une thérapie pour les régler. La Commission a estimé que M. McCabe avait besoin de poursuivre sa thérapie et ses traitements.

Il a été révélé à la réunion du 9-11-99 du Comité d'unité que M. McCabe avait récemment cessé d'assister aux séances individuelles avec le psychologue. Il est clair que certains problèmes doivent être réglés avant le sujet puisse être considéré prêt à la libération sous condition.

La permission de sortir avec escorte est refusée.

[29] Qui plus est, l'avis de la Commission était manifestement important pour le directeur puisque celui-ci l'a demandé sans y être obligé par la loi. J'estime que la recommandation était suffisamment préjudiciable aux intérêts du demandeur pour justifier l'examen judiciaire. Il est difficile d'imaginer que le directeur aurait accordé la demande du demandeur malgré une recommandation défavorable de la Commission.

B) La Commission avait-elle compétence pour émettre une recommandation dans les circonstances de la présente affaire?

[30] Le demandeur soutient que la Commission a agi sans compétence en émettant une recommandation au directeur du pénitencier. Il souligne que dans *Steele*, précité, au paragraphe 7, le juge Dubé a conclu que la Commission avait en fait agi sans compétence:

[. . .] la Commission n'exerçait pas un pouvoir conféré par une loi fédérale et «n'agissait donc pas en tant qu'office fédéral» au sens des articles 2, 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[31] Selon un principe fondamental de droit public, tous les actes gouvernementaux doivent se fonder sur un pouvoir conféré par la loi: D. J. Brown et J. M. Evans, *op. cit.*, à la page 13-1. Je ne trouve dans la LSCMLC aucune disposition conférant à la Commis-

evidence, find facts or issue recommendations with respect to requests for ETAs. Subsection 17(1) clearly gives the institutional head the decision-making authority subject to the *caveat* in section 746.1 of the *Criminal Code*. As noted by the respondent, that provision does not apply here because the requested ETA would not occur more than three years before the specified number of years of imprisonment. There is no statutory requirement under such circumstances for the institutional head to obtain the Board's approval with respect to an ETA application. Thus with respect to the Board's lack of jurisdiction, I agree with Dubé J.'s finding in *Steele, supra*.

(C) Procedural fairness and erroneous finding of fact

[32] Since it has been determined that the Board acted beyond its jurisdiction in issuing the recommendation, it is unnecessary to consider what procedural or substantive requirements are required in this case.

(D) Did the Board act beyond its jurisdiction in releasing its recommendation to the media?

[33] Pursuant to subsection 144(2) of the CCRA the Board may release its decisions to the public subject to certain conditions. The respondent concedes that if the Board's recommendation is not a "decision", it should not have been released and agrees with the applicant that the proper remedy is an order prohibiting the Board from releasing its recommendations in similar circumstances.

[34] Considering my conclusion that the recommendation is not a valid expression of statutory power, the order requested by the applicant is granted.

DISPOSITION

[35] The judicial review is granted.

sion le pouvoir de tenir des audiences, d'examiner la preuve, de tirer des conclusions de fait ou d'émettre des recommandations relativement aux demandes de PSE. Le paragraphe 17(1) donne clairement au directeur du pénitencier le pouvoir de prendre des décisions, sous réserve de la restriction prévue par l'article 746.1 du *Code criminel*. Comme l'a fait remarquer le défendeur, cette disposition ne s'applique pas en l'espèce parce que la PSE demandée ne serait pas accordée plus de trois ans avant l'expiration du délai préalable à la libération conditionnelle. Dans de tels cas, la loi n'exige pas que le directeur du pénitencier obtienne l'approbation de la Commission relativement à une demande de PSE. En ce qui concerne l'absence de compétence de la Commission, je souscris donc à la conclusion tirée par le juge Dubé dans *Steele*, précité.

(C) L'équité procédurale et la conclusion de fait erronée

[32] Étant donné la conclusion que la Commission avait outrepassé sa compétence en émettant la recommandation, il n'y a pas lieu de déterminer quelles exigences de procédure ou de fond s'appliquent en l'espèce.

(D) La Commission a-t-elle outrepassé sa compétence en communiquant sa recommandation aux médias?

[33] En vertu du paragraphe 144(2) de la LSCMLC, la Commission peut communiquer ses décisions au public à certaines conditions. Le défendeur admet que si la recommandation de la Commission n'est pas une «décision», elle n'aurait pas dû être communiquée, et il convient avec le demandeur que la réparation appropriée consiste en une ordonnance interdisant à la Commission de communiquer ses recommandations dans des cas semblables.

[34] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle la recommandation ne constitue pas l'exercice valide d'un pouvoir conféré par la loi, l'ordonnance sollicitée par le demandeur est accordée.

DISPOSITIF

[35] Le contrôle judiciaire est accordé.

[36] This Court declares that the National Parole Board acted without jurisdiction on issuing the recommendation.

[37] The recommendation being invalid, the Court orders that the National Parole Board remove all copies of the recommendation from the applicant's files at the National Parole Board.

[38] The Court declares that the National Parole Board acted without jurisdiction in releasing the recommendation to the media.

[36] La Cour déclare que la Commission nationale des libérations conditionnelles a agi sans compétence lorsqu'elle a émis la recommandation.

[37] La recommandation étant invalide, la Cour ordonne à la Commission nationale des libérations conditionnelles de retirer toutes les copies de la recommandation figurant aux dossiers qu'elle détient sur le demandeur.

[38] La Cour déclare que la Commission nationale des libérations conditionnelles a outrepassé sa compétence lorsqu'elle a communiqué sa recommandation aux médias.