

**Diane Knopf, Warden of Mission Institution,
and Harold Massey, Warden of Kent
Institution** *Appellants*

v.

Gurkirpal Singh Khela *Respondent*

and

**Canadian Association of
Elizabeth Fry Societies,
John Howard Society of Canada,
Canadian Civil Liberties Association
and British Columbia Civil
Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: MISSION INSTITUTION v. KHELA

2014 SCC 24

File No.: 34609.

2013: October 16; 2014: March 27.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Courts — Jurisdiction — Habeas corpus — Transfer of federal inmate from medium security institution to maximum security institution on emergency and involuntary basis — Scope of provincial superior court’s review power on application for habeas corpus with certiorari in aid in respect of detention in federal penitentiary — Whether on application for habeas corpus a provincial superior court is entitled to examine reasonableness of administrative decision to transfer offender to higher security institution or whether reasonableness of decision must be determined in Federal Court on judicial review.

Administrative law — Prisons — Procedural fairness — Duty to disclose — Scope of duty to disclose — Transfer of federal inmate from medium security institution to maximum security institution on emergency and involuntary basis — Whether transfer decision meeting

**Diane Knopf, directrice de l’Établissement
de Mission, et Harold Massey, directeur de
l’Établissement Kent** *Appellants*

c.

Gurkirpal Singh Khela *Intimé*

et

**Association canadienne des
sociétés Elizabeth Fry,
Société John Howard du Canada,
Association canadienne des libertés civiles
et Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : ÉTABLISSEMENT DE MISSION c. KHELA

2014 CSC 24

N° du greffe : 34609.

2013 : 16 octobre; 2014 : 27 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Tribunaux — Compétence — Habeas corpus — Transfèrement d’urgence non sollicité d’un détenu sous responsabilité fédérale d’un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale — Portée du pouvoir de révision d’une cour supérieure provinciale dans le cadre d’une demande d’habeas corpus avec certiorari auxiliaire relativement à la détention dans un pénitencier fédéral — Dans le cadre d’une demande d’habeas corpus, une cour supérieure provinciale peut-elle se prononcer sur le caractère raisonnable d’une décision administrative de transférer un détenu à un établissement à sécurité plus élevée, ou cette tâche revient-elle à la Cour fédérale dans le cadre d’un contrôle judiciaire?

Droit administratif — Droit carcéral — Équité procédurale — Obligation de communication — Portée de l’obligation de communication — Transfèrement d’urgence non sollicité d’un détenu sous responsabilité fédérale d’un établissement à sécurité moyenne à un

statutory requirements related to duty of procedural fairness — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 27 to 29 — Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 5, 13.

K is a federal inmate serving a life sentence for first degree murder at Kent Institution in British Columbia. After three years at this maximum security facility, he was transferred to Mission Institution, a medium security facility. In 2009, an inmate was stabbed at Mission Institution. Roughly one week after the stabbing, the Security Intelligence Office at Mission received information implicating K in the incident. A Security Intelligence Report was completed which contained information that K had hired two other inmates to carry out the stabbing in exchange for three grams of heroin. As a result, K was involuntarily transferred back to the maximum security facility on an emergency basis after the Warden reassessed his security classification. It is this transfer that was the subject of K's initial *habeas corpus* application. He claimed that this transfer to a higher security institution was both unreasonable and procedurally unfair, and therefore unlawful. Both the British Columbia Supreme Court and, on appeal, the British Columbia Court of Appeal agreed K's *habeas corpus* application should be granted.

Held: The appeal should be dismissed.

The question before the Court is whether on an application for *habeas corpus* a provincial superior court may rule on the reasonableness of an administrative decision to transfer an inmate to a higher security institution or whether the reasonableness of the decision must be dealt with by the Federal Court on an application for judicial review. An inmate can choose either to challenge the reasonableness of the decision by applying for judicial review in the Federal Court or to have the decision reviewed for reasonableness by means of an application for *habeas corpus*. "Reasonableness" is therefore a legitimate ground upon which to question the legality of a deprivation of liberty in an application for *habeas corpus*.

Given the flexibility and the importance of the writ of *habeas corpus*, as well as the underlying reasons why the jurisdiction of the provincial superior courts is concurrent with that of the Federal Court, it is clear that a review

établissement à sécurité maximale — La décision relative au transfèrement satisfait-elle aux exigences législatives en matière d'équité procédurale? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27 à 29 — Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 5, 13.

K est détenu dans un pénitencier fédéral et purge une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré à l'Établissement Kent, en Colombie-Britannique. Après trois ans dans cet établissement à sécurité maximale, il a été transféré à l'Établissement de Mission, un établissement à sécurité moyenne. En 2009, un détenu a été poignardé à l'Établissement de Mission. Environ une semaine plus tard, le Bureau du renseignement de sécurité de l'Établissement de Mission a reçu des renseignements impliquant K dans l'incident. Un rapport sur les renseignements de sécurité — contenant des renseignements selon lesquels K avait demandé à deux autres détenus de poignarder la victime en échange de trois grammes d'héroïne — a été rédigé. K a donc été transféré d'urgence et contre son gré à l'établissement à sécurité maximale après que la directrice eut réévalué sa cote de sécurité. Ce transfèrement a fait l'objet de la demande initiale d'*habeas corpus* présentée par K. Ce dernier a allégué que ce transfèrement à un établissement à sécurité plus élevée était déraisonnable, inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégal. La Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont toutes deux convenu que la demande d'*habeas corpus* de K devait être accueillie.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La question soumise à la Cour est de savoir si, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, une cour supérieure provinciale peut se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision administrative de transférer un détenu à un établissement à sécurité plus élevée, ou si cette tâche revient à la Cour fédérale dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. Un détenu peut opter pour la contestation du caractère raisonnable de la décision par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Il peut aussi, par une demande d'*habeas corpus*, obtenir l'examen du caractère raisonnable de la décision. Le « caractère raisonnable » constitue donc un doute valablement soulevé quant à la légalité de la privation de liberté dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*.

En raison de la souplesse et de l'importance du bref d'*habeas corpus*, ainsi que des motifs justifiant la confirmation de la compétence concurrente de la cour supérieure provinciale et de la Cour fédérale, il est clair que

for lawfulness will sometimes require an assessment of the decision's reasonableness. Including a reasonableness assessment in the scope of the review is consistent with this Court's case law. In particular, allowing provincial superior courts to assess reasonableness in the review follows logically from how this Court has framed the remedy and from the limits the courts have placed on the avenues through which the remedy can be obtained. This Court has recognized in its decisions that *habeas corpus* should develop over time to ensure that the law remains consistent with the remedy's underlying goals: no one should be deprived of their liberty without lawful authority.

Many of the same principles which weigh in favour of concurrent jurisdiction between provincial superior courts and the Federal Court apply to the determination of the scope of a provincial superior court's review power. First, each applicant should be entitled to choose his or her avenue of relief. If a court hearing a *habeas corpus* application cannot review the reasonableness of the underlying decision, then a prisoner who has been deprived of his or her liberty as a result of an unreasonable decision does not have a choice of avenues through which to obtain redress but must apply to the Federal Court. Second, there is no reason to assume that the Federal Court is more expert than the superior courts in determining whether a deprivation of liberty is lawful. Third, if inmates are not able to obtain review of their potentially unreasonable loss of liberty under an application for *habeas corpus*, they will have to wade through the lengthy grievance procedure available under the statute in order to have their concerns heard. Fourth, the fact that inmates have local access to relief in the form of *habeas corpus* also weighs in favour of including a review for reasonableness. Fifth, the non-discretionary nature of *habeas corpus* and the traditional onus on an application for that remedy favour an inmate who claims to have been unlawfully deprived of his or her liberty. If the inmate were forced to apply to the Federal Court to determine whether the deprivation was unreasonable, the remedy would be a discretionary one. Further, on an application for judicial review, the onus would be on the applicant to show that the transfer decision was unreasonable. Lastly, requiring inmates to challenge the reasonableness of a transfer decision in the Federal Court could result in a waste of judicial resources.

la révision de la légalité exigera parfois l'examen du caractère raisonnable de la décision. La jurisprudence de notre Cour confirme que la révision peut comporter l'examen du caractère raisonnable de la décision. Plus particulièrement, la reconnaissance du pouvoir des cours supérieures provinciales d'examiner le caractère raisonnable de la décision découle logiquement de la façon dont notre Cour a défini le recours et des limites imposées par les tribunaux quant aux moyens d'obtenir ce recours. Notre jurisprudence a reconnu que l'*habeas corpus* doit évoluer pour garantir que les objectifs sous-jacents du recours continuent d'être respectés : nul ne devrait être privé de sa liberté sans que la loi l'autorise.

Plusieurs des principes qui favorisent la reconnaissance de la compétence concurrente de la cour supérieure provinciale et de la Cour fédérale entrent en jeu lorsqu'il faut déterminer la portée du pouvoir de révision d'une cour supérieure provinciale. Premièrement, chaque demandeur devrait pouvoir choisir son recours. Si l'audition d'une demande d'*habeas corpus* ne permet pas l'examen du caractère raisonnable de la décision sous-jacente, le prisonnier privé de sa liberté en raison d'une décision déraisonnable ne peut plus choisir le recours qui lui permettra d'obtenir une réparation; il doit s'adresser à la Cour fédérale. Deuxièmement, rien ne permet de supposer que l'expertise de la Cour fédérale est plus grande que celle d'une cour supérieure lorsqu'il s'agit d'examiner la légalité d'une privation de liberté. Troisièmement, si le détenu ne peut obtenir, au moyen d'une demande d'*habeas corpus*, la révision de la décision possiblement déraisonnable le privant de sa liberté, il devra épuiser l'ensemble de la longue procédure de règlement de griefs prévue dans la loi pour faire entendre ses réclamations. Quatrièmement, le fait que les détenus aient accès dans leur région au recours en *habeas corpus* milite aussi en faveur de l'inclusion d'un examen du caractère raisonnable de la décision. Cinquièmement, la nature non discrétionnaire de l'*habeas corpus* et la répartition des fardeaux de preuve lors de l'exercice de ce recours devraient favoriser le détenu qui prétend avoir été illégalement privé de sa liberté. Si le détenu devait s'adresser à la Cour fédérale pour déterminer si la privation de sa liberté était déraisonnable, le recours resterait discrétionnaire. De plus, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, il incomberait au demandeur de démontrer que la décision de le transférer était déraisonnable. Enfin, obliger les détenus à contester devant la Cour fédérale le caractère raisonnable d'une décision relative à un transfèrement pourrait conduire à un gaspillage des ressources judiciaires.

A transfer decision that does not fall within the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law will be unlawful. Similarly, a decision that lacks justification, transparency, and intelligibility will be unlawful. For it to be lawful, the reasons for and record of the decision must in fact or in principle support the conclusion reached. A decision will be unreasonable, and therefore unlawful, if an inmate's liberty interests are sacrificed absent any evidence or on the basis of unreliable or irrelevant evidence, or evidence that cannot support the conclusion. Deference will be shown to a determination that evidence is reliable, but the authorities will nonetheless have to explain that determination. A review to determine whether a decision was reasonable, and therefore lawful, necessarily requires deference. An involuntary transfer decision is nonetheless an administrative decision made by a decision maker with expertise in the environment of a particular penitentiary. To apply any standard other than reasonableness in reviewing such a decision could well lead to the micromanagement of prisons by the courts. The application of a standard of review of reasonableness, however, should not change the basic structure or benefits of the writ of *habeas corpus*. First, the traditional onuses associated with the writ will remain unchanged. Second, the writ remains non-discretionary as far as the decision to review the case is concerned. Third, the ability to challenge a decision on the basis that it is unreasonable does not necessarily change the standard of review that applies to other flaws in the decision or in the decision-making process. For instance, the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be "correctness".

In this case, it is not necessary to determine whether the decision made by the Warden in the instant case was unlawful on the basis of unreasonableness. The decision was unlawful because it was procedurally unfair. The statute at issue in this case, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("CCRA"), outlines the disclosure that is required for a reviewing court to find a transfer decision fair, and therefore lawful. Section 27 of the CCRA guides the decision maker and elaborates on the resulting procedural rights. In order to guarantee fairness in the process leading up to a transfer decision, s. 27(1) provides that the inmate should be given all the information that was considered in the

Le transfèrement sera illégal s'il ne fait pas partie des issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Il en sera de même pour une décision dénuée de justification, de transparence et d'intelligibilité. La décision sera légale si les motifs et le dossier de la décision étayent, effectivement ou en principe, la conclusion. Une décision est considérée comme déraisonnable et, partant, illégale, si les droits à la liberté d'un détenu sont sacrifiés en l'absence de toute preuve, sur la foi d'une preuve non fiable, d'une preuve non pertinente ou d'une preuve qui n'étaye pas la conclusion. La décision sur la fiabilité de la preuve exige de la déférence à l'égard du décideur, mais les autorités doivent tout de même expliquer en quoi la preuve offerte est digne de foi. Un examen visant à déterminer si une décision est raisonnable et, par conséquent, légale, appelle nécessairement la déférence. Une décision ordonnant un transfèrement non sollicité est néanmoins une décision administrative prise par un décideur possédant une expertise relative à un pénitencier en particulier. Examiner cette décision selon une norme autre que la norme de la décision raisonnable pourrait bien entraîner une microgestion des prisons par les tribunaux. L'application de la norme de la décision raisonnable ne devrait toutefois pas avoir pour effet de modifier la structure fondamentale ou les avantages du bref d'*habeas corpus*. Premièrement, les fardeaux de preuve habituels associés au bref continueront de s'appliquer. Deuxièmement, l'*habeas corpus* demeure non discrétionnaire en ce qui concerne la décision de réviser le dossier. Troisièmement, la possibilité de contester une décision au motif qu'elle est déraisonnable ne change pas nécessairement la norme de révision applicable aux autres lacunes de la décision ou du processus décisionnel. Par exemple, la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale sera toujours celle de la « décision correcte ».

Il n'est pas nécessaire de savoir si la décision qu'a prise la directrice dans la présente affaire était illégale parce qu'elle était déraisonnable. La décision était illégale parce qu'elle était inéquitable sur le plan procédural. La loi en cause, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« LSCMLC »), indique les renseignements dont la communication est requise pour qu'une cour de révision déclare la décision relative au transfèrement équitable et, par conséquent, légale. L'article 27 de la LSCMLC guide le décideur et précise ces droits procéduraux. Pour garantir l'équité du processus de prise de décision qui mène au transfèrement, le par. 27(1) prévoit que tous les

taking of the decision, or a summary of that information. This disclosure must be made within a reasonable time before the final decision is made. The onus is on the decision maker to show that s. 27(1) was complied with.

The statutory scheme allows for some exemptions from the onerous disclosure requirement of s. 27(1) and (2). Section 27(3) provides that where the Commissioner has reasonable grounds to believe that disclosure of information under s. 27(1) or (2) would jeopardize (a) the safety of any person, (b) the security of a penitentiary, or (c) the conduct of a lawful investigation, he or she may authorize the withholding from the inmate of as much information as is strictly necessary in order to protect the interest that would be jeopardized. A decision to withhold information pursuant to s. 27(3) is necessarily reviewable by way of an application for *habeas corpus*. Such a decision is not independent of the transfer decision made under s. 29 of the *CCRA*. If the correctional authorities failed to comply with s. 27 as a whole, a reviewing court may find that the transfer decision was procedurally unfair, and the deprivation of the inmate's liberty will not be lawful. If the Commissioner, or a representative of the Commissioner, chooses to withhold information from the inmate on the basis of s. 27(3), the onus is on the decision maker to invoke the provision and prove that there were reasonable grounds to believe that disclosure of that information would jeopardize one of the listed interests.

Here, it is clear from the record that the Warden, in making the transfer decision, considered information that she did not disclose to K. Nor did she give him an adequate summary of the missing information. The withholding of this information was not justified under s. 27(3). If s. 27(3) is never invoked, pled, or proven, there is no basis to find that the Warden was justified in withholding information that was considered in the transfer decision from the inmate. As a result, the Warden's decision did not meet the statutory requirements related to the duty of procedural fairness. The decision to transfer K from Mission Institution to Kent Institution was therefore unlawful. The British Columbia Supreme Court properly granted *habeas corpus* and K was properly returned to a medium security institution.

renseignements entrant en ligne de compte dans la prise de décision, ou un sommaire de ceux-ci, doivent être communiqués au détenu, et ce, dans un délai raisonnable avant la prise de la décision finale. Il incombe au décideur de prouver qu'il a respecté le par. 27(1).

Le régime législatif permet certaines exemptions à la lourde obligation de communication prévue aux par. 27(1) et (2). Selon le par. 27(3), si le commissaire a des motifs raisonnables de croire que la communication des renseignements prévue aux par. 27(1) ou (2) mettrait en danger a) la sécurité d'une personne, b) la sécurité du pénitencier, ou c) compromettrait la tenue d'une enquête licite, il peut refuser la communication de renseignements au détenu dans la mesure jugée strictement nécessaire à la protection des intérêts en danger. La décision de refuser la communication de renseignements conformément au par. 27(3) peut nécessairement être révisée par voie d'*habeas corpus*. Cette décision n'est pas indépendante de celle qui est prise au sujet du transfèrement en vertu de l'art. 29 de la *LSCMLC*. Si l'autorité correctionnelle ne se conforme pas à toutes les obligations que lui impose l'art. 27, la cour de révision peut conclure que la décision relative au transfèrement est inéquitable sur le plan procédural, et la privation de liberté du détenu ne pourra être légale. Si le commissaire, ou son représentant, choisit de refuser la communication de renseignements au détenu en se fondant sur le par. 27(3), il lui incombe alors d'invoquer cette disposition et de prouver qu'il avait des motifs raisonnables de croire que la communication de ces renseignements compromettrait l'un des intérêts mentionnés.

En l'espèce, il ressort clairement de l'examen du dossier que, lorsqu'elle a décidé le transfèrement, la directrice a pris en compte des renseignements qui n'ont pas été communiqués à K. Elle ne lui a pas non plus communiqué un sommaire satisfaisant des renseignements manquants. Le refus de communiquer ces renseignements n'était pas justifié aux termes du par. 27(3). Si ce paragraphe n'est jamais invoqué, ou plaidé avec preuve à l'appui, rien ne permet de conclure que la directrice a eu raison de refuser au détenu la communication des renseignements pris en compte dans sa décision de le transférer. Par conséquent, la décision de la directrice ne satisfaisait pas aux exigences législatives en matière d'équité procédurale. La décision de transférer K de l'Établissement de Mission à l'Établissement Kent était en conséquence illégale. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a donc eu raison d'accueillir la demande d'*habeas corpus* et K a été valablement renvoyé dans un établissement à sécurité moyenne.

Cases Cited

Applied: *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662; **referred to:** *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Bushell's Case* (1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *R. v. J.P.G.* (2000), 130 O.A.C. 343; *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962); *Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253; *Libo-on v. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre)*, 2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak*, [1991] 2 All E.R. 319; *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi*, [1992] 1 Q.B. 244; *R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah*, [1968] A.C. 192; *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] 1 A.C. 74; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 27, 28, 29.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 5(1)(b), 13.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Criminal Rules of the Supreme Court of British Columbia, SI/97-140, r. 4.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809; *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662; **arrêts mentionnés :** *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Bushell's Case* (1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *R. c. J.P.G.* (2000), 130 O.A.C. 343; *Jones c. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962); *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253; *Libo-on c. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre)*, 2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128; *Goldhar c. The Queen*, [1960] R.C.S. 431; *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak*, [1991] 2 All E.R. 319; *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi*, [1992] 1 Q.B. 244; *R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah*, [1968] A.C. 192; *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] 1 A.C. 74; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Habeas Corpus Act, 1679 (Angl.), 31 Cha. 2, ch. 2.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27, 28, 29.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18, 18.1(2), (3)b), (4).

Federal Court Rules, SOR/98-106, rr. 301 to 314.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1(2),
 (3)(b), (4).
Habeas Corpus Act, 1679 (Engl.), 31 Cha. 2, c. 2.

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Canada. Correctional Service. *Commissioner's Directive 081*, "Offender Complaints and Grievances", 2014.
 Canada. Correctional Service. *Commissioner's Directive 710-2*, "Transfer of Offenders", 2010.
 Cromwell, Thomas. "Habeas Corpus and Correctional Law — An Introduction" (1977), 3 *Queen's L.J.* 295.
 Duker, William F. *A Constitutional History of Habeas Corpus*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1980.
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
 Farbey, Judith, Robert J. Sharpe and Simon Atrill. *The Law of Habeas Corpus*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2011.
 Ford, Cristie. "Dogs and Tails: Remedies in Administrative Law", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 85.
 Halliday, Paul D. *Habeas Corpus: From England to Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2010.
 Harvey, D. A. Cameron. *The Law of Habeas Corpus in Canada*. Toronto: Butterworths, 1974.
 Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
 Parkes, Debra. "The 'Great Writ' Reinvigorated? *Habeas Corpus* in Contemporary Canada" (2010), 36 *Man. L.J.* 351.
 Sharpe, Robert J. "Habeas Corpus in Canada" (1976), 2 *Dal. L.J.* 241.
 Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1989.
 Wade, H. W. R. "Habeas Corpus and Judicial Review" (1997), 113 *L.Q.R.* 55.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Chiasson and Groberman JJ.A.), 2011 BCCA 450, 312 B.C.A.C. 217, 531 W.A.C. 217, 246 C.R.R. (2d) 277, 27 Admin. L.R. (5th) 41, 90 C.R. (6th) 149, [2011] B.C.J. No. 2111 (QL), 2011 CarswellBC 3095, setting aside in part a decision of Bruce J., 2010 BCSC

Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 5(1)b), 13.
Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en matière pénale, TR/97-140, règle 4.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 301 à 314.

Doctrine et autres documents cités

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Canada. Service correctionnel. *Directive du Commissaire 081*, « Plaintes et griefs des délinquants », 2014.
 Canada. Service correctionnel. *Directive du Commissaire 710-2*, « Transfèrement de délinquants », 2010.
 Cromwell, Thomas. « Habeas Corpus and Correctional Law — An Introduction » (1977), 3 *Queen's L.J.* 295.
 Duker, William F. *A Constitutional History of Habeas Corpus*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1980.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
 Farbey, Judith, Robert J. Sharpe and Simon Atrill. *The Law of Habeas Corpus*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2011.
 Ford, Cristie. « Dogs and Tails: Remedies in Administrative Law », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 85.
 Halliday, Paul D. *Habeas Corpus: From England to Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2010.
 Harvey, D. A. Cameron. *The Law of Habeas Corpus in Canada*. Toronto: Butterworths, 1974.
 Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
 Parkes, Debra. « The "Great Writ" Reinvigorated? *Habeas Corpus* in Contemporary Canada » (2010), 36 *Man. L.J.* 351.
 Sharpe, Robert J. « Habeas Corpus in Canada » (1976), 2 *Dal. L.J.* 241.
 Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1989.
 Wade, H. W. R. « Habeas Corpus and Judicial Review » (1997), 113 *L.Q.R.* 55.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Chiasson et Groberman), 2011 BCCA 450, 312 B.C.A.C. 217, 531 W.A.C. 217, 246 C.R.R. (2d) 277, 27 Admin. L.R. (5th) 41, 90 C.R. (6th) 149, [2011] B.C.J. No. 2111 (QL), 2011 CarswellBC 3095, qui a infirmé en partie une décision de la juge Bruce,

721, 210 C.R.R. (2d) 251, 19 Admin. L.R. (5th) 173, [2010] B.C.J. No. 971 (QL), 2010 CarswellBC 1288. Appeal dismissed.

Anne M. Turley and Jan Brongers, for the appellants.

Bibhas D. Vaze and Michael S. A. Fox, for the respondent.

Allan Manson and Elizabeth Thomas, for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada.

D. Lynne Watt, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Michael Jackson, Q.C., and *Joana G. Thackeray*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] This case arises from a decision of correctional authorities to transfer a federal inmate from a medium security institution to a maximum security institution on an emergency and involuntary basis. In response to the transfer decision, the inmate filed an application for relief in the form of *habeas corpus* on the grounds that the decision taken was unreasonable and that it was procedurally unfair.

[2] At issue in this case is the state of the law with respect to the writ of *habeas corpus*. In particular, this Court must clarify the scope of a provincial superior court's review power on an application for *habeas corpus* made by a prison inmate. The first question before the Court is whether on such an application a provincial superior court may rule on the reasonableness of an administrative decision to transfer an inmate to a higher security institution or whether the reasonableness of the decision must

2010 BCSC 721, 210 C.R.R. (2d) 251, 19 Admin. L.R. (5th) 173, [2010] B.C.J. No. 971 (QL), 2010 CarswellBC 1288. Pourvoi rejeté.

Anne M. Turley et Jan Brongers, pour les appelants.

Bibhas D. Vaze et Michael S. A. Fox, pour l'intimé.

Allan Manson et Elizabeth Thomas, pour les intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada.

D. Lynne Watt, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Michael Jackson, c.r., et *Joana G. Thackeray*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi découle de la décision des autorités correctionnelles de procéder au transfèrement d'urgence non sollicité d'un détenu sous responsabilité fédérale d'un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale. En réponse à cette décision, le détenu a présenté une demande de réparation de la nature de l'*habeas corpus*, invoquant que la décision était déraisonnable et inéquitable sur le plan procédural.

[2] Le présent pourvoi concerne l'état actuel du droit relatif au bref d'*habeas corpus*. Plus particulièrement, notre Cour doit préciser la portée du pouvoir de révision d'une cour supérieure provinciale dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* présentée par un détenu. La première question soumise à la Cour est de savoir si, dans le cadre d'une telle demande, une cour supérieure provinciale peut se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision administrative de transférer un détenu

be dealt with by the Federal Court on an application for judicial review. The second question concerns the information that must be disclosed to ensure that a transfer decision is procedurally fair.

[3] In my view, superior courts are entitled to review an inmate transfer decision for reasonableness on an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. If a decision is unreasonable, it will be unlawful. Support for this conclusion can be found in the nature of the writ, in past court decisions regarding the writ, and in the importance of swift access to justice for those who have been unlawfully deprived of their liberty.

[4] Moreover, it is well established that a superior court hearing a *habeas corpus* application may also review a transfer decision for procedural fairness. The statute at issue in this case, the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), outlines the disclosure that is required for a reviewing court to find such a decision fair, and therefore lawful.

[5] In this case, the correctional authorities did not comply with the statutory disclosure requirements. The breach of the statutory requirements rendered the decision procedurally unfair, and therefore unlawful. Given this finding, I would dismiss the appeal. The judgments of both the British Columbia Supreme Court and the British Columbia Court of Appeal are well founded.

II. Background Facts

[6] The respondent, Mr. Khela, is a federal inmate. He began serving a life sentence for first degree murder at Kent Institution in British Columbia in 2004. After three years at this maximum security facility, he was transferred to Mission Institution, a medium security facility. In February 2010, however, Mr. Khela was involuntarily transferred back to the maximum security facility on an “emergency basis” after the Warden reassessed his security classification. It is this transfer that was the subject of

à un établissement à sécurité plus élevée, ou si cette tâche revient à la Cour fédérale dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire. La seconde question a trait aux renseignements qui doivent être communiqués pour assurer l’équité procédurale des décisions de transfèrement.

[3] À mon avis, les cours supérieures peuvent, dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, examiner le caractère raisonnable d’une décision de transférer un détenu. Si la décision est déraisonnable, elle sera illégale. La nature du bref, la jurisprudence relative à ce dernier et l’importance d’un accès rapide à la justice pour les personnes illégalement privées de leur liberté appuient cette conclusion.

[4] En outre, il est bien établi que les cours supérieures saisies de demandes d’*habeas corpus* peuvent aussi examiner l’équité procédurale des décisions de transférer un détenu. La loi en cause, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« LSCMLC »), indique les renseignements dont la communication est requise pour qu’une cour de révision déclare une telle décision équitable et, par conséquent, légale.

[5] En l’espèce, les autorités correctionnelles n’ont pas respecté les exigences de la loi en matière de communication de renseignements. L’inobservation des exigences légales a rendu la décision inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégale. Vu cette conclusion, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Les jugements de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique sont bien fondés.

II. Contexte factuel

[6] L’intimé, M. Khela, est détenu dans un pénitencier fédéral. En 2004, il a commencé à purger à l’Établissement Kent, en Colombie-Britannique, une peine d’emprisonnement à perpétuité pour meurtre au premier degré. Après trois ans dans cet établissement à sécurité maximale, il a été transféré à l’Établissement de Mission, un établissement à sécurité moyenne. Cependant, en février 2010, M. Khela a été transféré « d’urgence » et contre son gré à l’établissement à sécurité maximale après

Mr. Khela's initial *habeas corpus* application. Mr. Khela claimed that this transfer to a higher security institution was both unreasonable and procedurally unfair, and therefore unlawful.

[7] The events that led up to the transfer in question are as follows. On September 23, 2009, an inmate was stabbed several times at Mission Institution. Roughly one week after the stabbing, the Security Intelligence Office at Mission received information implicating Mr. Khela in the incident. On February 2, 2010, that office completed a Security Intelligence Report ("Security Report"), which contained information that Mr. Khela had hired two other inmates to carry out the stabbing in exchange for three grams of heroin. As a result of the Security Report, Mr. Khela was immediately transferred back to the maximum security prison.

[8] On February 4, 2010, Mr. Khela received an "Assessment for Decision" ("Assessment") and a "Notice of Emergency Involuntary Transfer Recommendation" ("Notice"). The Assessment indicated that "[t]he primary reason for Mr. Khela's emergency transfer [was the] Security Intelligence Report . . . and the culmination of information [it] contained", including the identification of Mr. Khela as the person responsible for organizing the stabbing. The Assessment stated that the Warden came to this conclusion on the basis of "source" and "kite", i.e. anonymous, information received from "three separate and distinct sources". The Assessment did not contain detailed information with respect to the sources' names, what they said or why they might be considered reliable.

[9] The Notice confirmed that although his security classification had been determined, on the basis of the Correctional Service of Canada ("CSC") Security Reclassification Scale ("SRS"), to be "medium security", his case management team had recommended that this classification be overridden so as to be increased to "maximum security".

que la directrice eut réévalué sa cote de sécurité. Ce transfèrement a fait l'objet de la demande initiale d'*habeas corpus* présentée par M. Khela. Ce dernier a allégué que ce transfèrement à un établissement à sécurité plus élevée était déraisonnable, inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégal.

[7] Les événements suivants ont mené au transfèrement en question. Le 23 septembre 2009, un détenu a été poignardé à plusieurs reprises à l'Établissement de Mission. Environ une semaine plus tard, le Bureau du renseignement de sécurité de l'Établissement de Mission a reçu des renseignements impliquant M. Khela dans l'incident. Le 2 février 2010, ce bureau a rédigé un rapport sur les renseignements de sécurité (« rapport de sécurité ») qui contenait des renseignements selon lesquels M. Khela avait demandé à deux autres détenus de poignarder la victime en échange de trois grammes d'héroïne. En réaction à ce rapport de sécurité, M. Khela a immédiatement été transféré au pénitencier à sécurité maximale.

[8] Le 4 février 2010, M. Khela a reçu une « Évaluation en vue d'une décision » (« évaluation ») et un « Avis de recommandation d'un transfèrement d'urgence non sollicité » (« avis »). L'évaluation confirmait que [TRADUCTION] « [I]a principale raison du transfèrement d'urgence de M. Khela [tenait] au rapport sur les renseignements de sécurité [. . .] et au résultat des renseignements qu'il contenait », notamment que M. Khela y était désigné comme celui qui avait organisé l'agression. L'évaluation indiquait que la directrice avait conclu en ce sens sur le fondement de « renseignements glanés », soit des renseignements anonymes obtenus de « trois sources différentes ». L'évaluation ne contenait aucun détail au sujet des noms des indicateurs, de leurs propos ou des raisons pour lesquelles ces sources pouvaient être considérées comme fiables.

[9] L'avis remis à M. Khela confirmait que, même si on lui avait attribué une cote de sécurité « moyenne » selon l'échelle de réévaluation du niveau de sécurité (« ÉRNS ») du Service correctionnel du Canada (« SCC »), son équipe de gestion des cas avait recommandé que cette cote soit écartée et remplacée par la cote de sécurité « maximale ».

[10] On February 26, 2010, Mr. Khela submitted a written rebuttal in response to his transfer. Mr. Khela asked that the scoring matrix used to determine his ranking in accordance with the SRS be disclosed to him together with the Security Report, and with information on why the “sources” should be considered reliable and how the Warden had determined that they were reliable.

[11] On March 15, 2010, Mr. Khela received a response to his rebuttal in the form of a “Referral Decision Sheet” that informed him that the Warden’s final decision was to transfer him to the maximum security facility. In it, the Warden explained, among other things, why Mr. Khela’s “medium” security rating had been overridden by his case management team. She also noted, in response to Mr. Khela’s questioning of the credibility of the sources, that “the information received and assessed by the [Security Intelligence Officer was] believed reliable despite the Assessment . . . only referring to the information as ‘source’ information” because of the expertise and policies of the security intelligence officers.

[12] On April 27, 2010, Mr. Khela filed a notice that he would be making a *habeas corpus* application in the British Columbia Supreme Court. The application was heard by Bruce J. on May 11, 2010. Ten days later, Bruce J. granted the writ and ordered that Mr. Khela be returned to the general population of Mission Institution, the medium security facility. This appeal concerns the lawfulness of that transfer decision.

A. *Mootness*

[13] It is important to note that this appeal is now factually moot. On July 23, 2010, the Warden of Mission Institution made another decision to reclassify Mr. Khela as requiring maximum security. As a result of that decision, Mr. Khela was transferred back to Kent Institution, the maximum security facility. This second transfer was the subject of another *habeas corpus* application, which was dismissed by a judge of the British Columbia Supreme Court

[10] Le 26 février 2010, M. Khela a présenté des observations écrites en réponse au transfèrement. Il a demandé qu’on lui communique la matrice de notation utilisée pour déterminer sa cote de sécurité conformément à l’ÉRNS ainsi que le rapport de sécurité, des renseignements expliquant pourquoi les « sources » devaient être considérées comme fiables et la façon dont la directrice avait déterminé leur fiabilité.

[11] Le 15 mars 2010, M. Khela a reçu, en réponse à ses observations, la feuille « Recommandation/décision » qui confirmait la décision définitive de la directrice de le transférer à l’établissement à sécurité maximale. Dans cette feuille, la directrice expliquait notamment pourquoi l’équipe de gestion du cas de M. Khela avait écarté sa cote de sécurité « moyenne ». Elle a également indiqué, en réponse à la remise en question, par M. Khela, de la crédibilité des sources, que [TRADUCTION] « les renseignements reçus et évalués par [l’agent du renseignement de sécurité étaient] considérés comme fiables, même si l’évaluation [. . .] mentionn[ait] seulement que les “renseignements prov[enaient] de sources” », du fait de l’expertise et des politiques des agents du renseignement de sécurité.

[12] Le 27 avril 2010, M. Khela a déposé devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique un avis de demande d’un bref d’*habeas corpus*. Le 11 mai 2010, la juge Bruce a entendu la demande. Dix jours plus tard, elle a accordé le bref et ordonné que M. Khela soit renvoyé dans la population générale de l’Établissement de Mission, l’établissement à sécurité moyenne. La légalité de la décision ordonnant le transfèrement fait l’objet du présent pourvoi.

A. *Caractère théorique*

[13] Il importe de signaler que ce pourvoi est désormais théorique sur le plan factuel. Le 23 juillet 2010, la directrice de l’Établissement de Mission a réattribué à M. Khela la cote de sécurité maximale. Du fait de cette décision, M. Khela a été renvoyé à l’Établissement Kent, l’établissement à sécurité maximale. Ce deuxième transfèrement a fait l’objet d’une autre demande d’*habeas corpus* qu’un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a

(2011 BCSC 577, 237 C.R.R. (2d) 15, at paras. 1, 58 and 89). Mr. Khela did not appeal the dismissal of that application. The lawfulness of his current incarceration is therefore not before this Court.

[14] Despite being moot, this appeal merits a decision in the circumstances of this case. The nature of *habeas corpus* applications involving the transfer and segregation of inmates is such that the factual circumstances of a given application can change quickly, before an appellate court can review the application judge's decision. This means that such cases will often be moot before making it to the appellate level, and are therefore "capable of repetition, yet evasive of review" (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 364). As was true in *May v. Ferndale Institution*, 2005 SCC 82, [2005] 3 S.C.R. 809, at para. 14, and *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 652, the points in issue here are sufficiently important, and they come before appellate courts as "live" issues so rarely, that the law needs to be clarified in the instant case.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2010 BCSC 721, 210 C.R.R. (2d) 251*

[15] The British Columbia Supreme Court granted Mr. Khela *habeas corpus* (para. 64). Bruce J. first determined that on a *habeas corpus* application, a provincial superior court has jurisdiction to review a warden's transfer decision for reasonableness. Relying on this Court's decisions in *May* and in the "Miller trilogy" (*R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Cardinal*; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662), she found that provincial superior courts, when hearing *habeas corpus* applications, have concurrent jurisdiction with the Federal Court (para. 37), which means that it is open to a superior court to determine whether the decision in question is reasonable. Bruce J. explained that the discretion to refuse to hear a *habeas corpus* application can only be exercised "where by statute a court of appeal is

rejetée (2011 BCSC 577, 237 C.R.R. (2d) 15, par. 1, 58 et 89). Monsieur Khela n'a pas interjeté appel du rejet de cette demande. La Cour n'a donc pas à statuer sur la légalité de l'incarcération actuelle de M. Khela.

[14] Les circonstances de cette affaire méritent qu'une décision soit rendue malgré son caractère théorique. Les demandes d'*habeas corpus* relatives au transfèrement et à l'isolement des détenus sont telles que les faits afférents à chaque demande peuvent changer rapidement avant qu'une cour d'appel puisse examiner la décision du juge qui a entendu la demande. Ainsi, ces litiges sont souvent devenus théoriques avant d'être portés en appel — une situation « susceptible à la fois de se répéter et de ne jamais être soumise aux tribunaux » (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 364). Tout comme dans les arrêts *May c. Établissement Ferndale*, 2005 CSC 82, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 14, et *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 652, vu l'importance de ces questions et le fait qu'elles se posent rarement devant les cours d'appel, il convient en l'espèce de préciser le droit.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2010 BCSC 721, 210 C.R.R. (2d) 251*

[15] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli la demande d'*habeas corpus* de M. Khela (par. 64). La juge Bruce a d'abord statué que, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, les cours supérieures provinciales sont autorisées à examiner le caractère raisonnable d'une décision de transférer un détenu prise par un directeur. S'appuyant sur les arrêts de notre Cour dans *May* et la « trilogie Miller » (*R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, *Cardinal*, et *Morin c. Comité chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662), la juge Bruce a conclu que, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale ont une compétence concurrente (par. 37) et que, par conséquent, les cours supérieures peuvent apprécier le caractère raisonnable de la décision

vested with exclusive authority to hear an appeal or where there is a complete internal process for review of an administrative decision” (para. 38). She found that a challenge based on reasonableness falls into neither of these categories, which means that reasonableness is a legitimate ground for review (paras. 38-40). Ultimately, however, Bruce J. held that it was unnecessary to address Mr. Khela’s argument that the transfer decision was unreasonable, because she had already found the transfer to be unlawful on the basis of insufficient disclosure.

[16] Bruce J. found that the statutory obligation to disclose under s. 27(1) of the *CCRA* is “onerous, substantial and extensive”, and that it is “underscored by the common law duty of fairness” (para. 44). In addition, she noted that *Commissioner’s Directive 710-2*, “Transfer of Offenders”, requires specific disclosure of the details of the incidents and the information that prompted the transfer recommendation. Bruce J. concluded that the Warden had failed to prove that she had fulfilled her obligation to make disclosure “to the greatest extent possible” (paras. 46 and 59). In particular, she found that the Warden had unjustifiably failed to disclose the specific statements made by the anonymous sources, information concerning the reliability of these anonymous sources, and the scoring matrix relied upon for the SRS calculation (paras. 51 and 56).

[17] Bruce J. also held that s. 27(3) of the *CCRA* grants the authority to withhold information only when strictly necessary to protect the safety of a person, the security of the penitentiary, or the conduct of a lawful investigation. She stated that a warden who withholds information for one of these reasons must invoke that provision and present evidence to the court to show that the information was properly withheld. Bruce J. noted that the Warden had failed

en question. La juge Bruce a expliqué que le pouvoir discrétionnaire de refuser d’entendre une demande d’*habeas corpus* peut être exercé uniquement lorsque [TRADUCTION] « une loi investit une cour d’appel du pouvoir exclusif d’entendre un appel ou lorsqu’existe une procédure interne d’examen complet d’une décision administrative » (par. 38). Elle a conclu qu’une contestation du caractère raisonnable d’une décision n’appartient à aucune de ces catégories et, par conséquent, le caractère raisonnable constitue un motif légitime d’examen de la décision (par. 38-40). Cependant, la juge Bruce a finalement décidé qu’il n’était pas nécessaire d’examiner les arguments de M. Khela selon lesquels la décision de le transférer était déraisonnable, car elle avait déjà conclu que le transfèrement était illégal en raison de la communication de renseignements insuffisants.

[16] Selon la juge Bruce, l’obligation légale de communiquer des renseignements prévue au par. 27(1) de la *LSCMLC* est [TRADUCTION] « onéreuse, substantielle, imposante » et « renforcée par l’obligation d’équité prévue par la common law » (par. 44). De plus, elle a souligné que la *Directive du commissaire 710-2*, « Transfèrement de délinquants », exige la communication explicite des détails sur les incidents et des renseignements ayant entraîné une recommandation de transfèrement. La juge Bruce a conclu que la directrice avait omis de démontrer qu’elle s’était acquittée de son obligation de communication « autant que possible » (par. 46 et 59). Plus particulièrement, à son avis, la directrice avait, de façon injustifiable, omis de communiquer les déclarations faites par les sources anonymes, les renseignements relatifs à la fiabilité de ces sources anonymes, ainsi que la matrice de notation qui sous-tend l’ÉRNS (par. 51 et 56).

[17] La juge Bruce a également jugé que le par. 27(3) de la *LSCMLC* ne confère le pouvoir d’empêcher la communication de renseignements que dans la mesure jugée strictement nécessaire à la protection d’une personne, à la sécurité du pénitencier ou à la tenue d’une enquête licite. Elle a affirmé qu’un directeur qui empêche la communication de renseignements pour l’une de ces raisons doit invoquer ce paragraphe et prouver au tribunal

to invoke s. 27(3) and had presented no evidence to justify the withholding of the information. Thus, Mr. Khela had not been given “all the information to be considered”. As a result of this failure to disclose, Bruce J. declared the Warden’s decision “null and void for want of jurisdiction” (para. 64). She ordered Mr. Khela’s return to the general population of Mission Institution.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 450, 312 B.C.A.C. 217*

[18] The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal, but only to the extent of limiting Bruce J.’s order to read that *habeas corpus* was granted and that Mr. Khela should be returned to a medium security institution (at para. 95). Chiasson J.A. found that it was unnecessary and undesirable to state that the transfer was “null and void for want of jurisdiction”. In substance, however, the Court of Appeal largely agreed with Bruce J.’s decision.

[19] The Court of Appeal held that an inmate transferred from a medium to a maximum security facility may apply for *habeas corpus* in a provincial superior court on the ground that the transfer decision was unreasonable. In Chiasson J.A.’s view, an unreasonable decision is an unlawful decision, and *habeas corpus* is therefore available (para. 66). Chiasson J.A. further explained that where a *habeas corpus* application concerns the substance of the underlying decision, the standard of review is reasonableness, with considerable deference to those charged with the administration of penal institutions (paras. 69-70).

[20] The Court of Appeal also addressed the issue of disclosure. Chiasson J.A. held that a warden

que le refus de communiquer ces renseignements était justifié. La juge Bruce a fait remarquer que la directrice n’avait pas invoqué le par. 27(3) ni présenté aucun élément de preuve justifiant son refus de communiquer les renseignements. En conséquence, « tous les renseignements entrant en ligne de compte » n’avaient pas été communiqués à M. Khela. La juge Bruce a conclu que la décision de la directrice était [TRADUCTION] « nulle pour défaut de compétence » en raison de cette omission de communiquer tous les renseignements (par. 64). Elle a ordonné que M. Khela soit renvoyé dans la population générale de l’Établissement de Mission.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 450, 312 B.C.A.C. 217*

[18] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a accueilli l’appel, mais seulement pour limiter l’ordonnance de la juge Bruce à une déclaration que l’*habeas corpus* était accordé et que M. Khela devait être renvoyé à un établissement à sécurité moyenne (par. 95). En effet, le juge Chiasson a conclu qu’il n’était ni nécessaire ni souhaitable d’indiquer que le transfèrement était [TRADUCTION] « nul pour défaut de compétence ». La Cour d’appel s’est toutefois dite essentiellement d’accord avec la décision de la juge Bruce.

[19] La Cour d’appel a conclu que les détenus transférés d’un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité maximale peuvent demander l’*habeas corpus* devant une cour supérieure provinciale au motif que la décision de transférer était déraisonnable. Selon le juge Chiasson, une décision déraisonnable est une décision illégale et, par conséquent, l’*habeas corpus* constitue une réparation possible (par. 66). Il a également expliqué que la norme du caractère raisonnable est la norme de contrôle applicable dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* qui vise l’examen au fond de la décision sous-jacente, et qu’il faut faire preuve d’un degré élevé de déférence envers les personnes chargées de l’administration des établissements pénitentiaires (par. 69-70).

[20] La Cour d’appel a aussi examiné la question de la communication des renseignements. D’après

is statutorily obliged to provide an applicant in Mr. Khela's position with all the information he or she considered in making the decision, or with a summary of that information (para. 42). However, he did not agree that the warden has to provide the substance and details of the events leading up to the decision "to the greatest extent possible" (para. 43). Rather, Chiasson J.A. found that all that is required is an outline of the basic facts of the incident leading to the transfer that would be sufficient for the inmate to know the case he or she must meet (para. 43). He added that s. 27(3) of the *CCRA* provides a basis for justifying non-compliance. But he noted that it also requires the warden to invoke this provision and establish that he or she had reasonable grounds to believe that withholding the information was necessary in the circumstances.

[21] Applying this statutory standard, Chiasson J.A. determined that Mr. Khela had not been provided with adequate disclosure given the statutory and the common law requirements (para. 55). In particular, he found that Bruce J. had not erred in concluding that Mr. Khela should have been given additional information concerning the sources of information considered by the Warden. Chiasson J.A. accordingly found that the Warden had not met her statutory obligation and that, as a result, the transfer was procedurally unfair and therefore unlawful. He agreed with Bruce J.'s decision to grant *habeas corpus*.

IV. Issues and Positions of the Parties

[22] This case revolves around three core issues:

- (a) What is the scope of the review on an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid in respect of detention in a federal penitentiary? In particular, does the scope of the review on such an application include an assessment of reasonableness?

le juge Chiasson, un directeur d'établissement pénitentiaire est légalement tenu de communiquer au demandeur qui se trouve dans la situation de M. Khela tous les renseignements pris en compte dans sa décision, ou un sommaire de ceux-ci (par. 42). Cependant, il n'admettait pas que le directeur devait, « autant que possible », communiquer la nature et les détails des événements menant à la décision (par. 43). Le juge Chiasson a plutôt estimé qu'un résumé des faits essentiels de l'incident ayant mené au transfèrement suffit pour que le détenu soit informé de la preuve produite contre lui (par. 43). Il a ajouté que le par. 27(3) de la *LSCMLC* permet de justifier le refus de communiquer des renseignements. Cependant, il a souligné que la loi prescrit aussi au directeur d'invoquer cette disposition et d'établir l'existence de motifs raisonnables de croire qu'il est nécessaire de refuser la communication de certains renseignements dans les circonstances.

[21] Appliquant cette norme légale, le juge Chiasson a estimé que, compte tenu des exigences légales et de la common law, les renseignements communiqués à M. Khela ne suffisaient pas (par. 55). Plus particulièrement, le juge Chiasson a affirmé que la juge Bruce n'avait pas conclu à tort que M. Khela aurait dû recevoir plus d'informations relatives aux sources des renseignements pris en compte par la directrice. Par conséquent, le juge a décidé que la directrice n'avait pas respecté la loi et, partant, que le transfèrement était inéquitable sur le plan procédural et, donc, illégal. Il a donc souscrit à la décision de la juge Bruce d'accueillir la demande d'*habeas corpus*.

IV. Questions en litige et positions des parties

[22] Le présent pourvoi soulève trois questions fondamentales :

- a) Quelle est la portée du contrôle relatif à une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire relativement à la détention dans un pénitencier fédéral? Plus particulièrement, le contrôle relatif à telle demande permet-il l'examen du caractère raisonnable de la décision?

- (b) What is the scope of the duty of disclosure under s. 27 of the *CCRA*?
- (c) In this case, were there grounds for finding that the decision was unlawful and granting the writ of *habeas corpus*?

[23] With regard to the first issue, the appellants argue that on an application for *habeas corpus* in this context, the scope of a provincial superior court's review is limited to an assessment of whether the decision was "lawful". In the appellants' view, the merits of the underlying decision are irrelevant to that assessment. Only the Federal Court can assess the reasonableness of federal administrative decisions. The respondent argues, on the contrary, that it is open to a superior court on an application for *habeas corpus* to review the reasonableness of a correctional decision which resulted in a deprivation of liberty.

[24] The interveners largely support Mr. Khela on this issue. The British Columbia Civil Liberties Association ("BCCLA") argues that to determine whether a decision was "lawful", a provincial superior court hearing a *habeas corpus* application must be able to conduct a robust review. It nevertheless cautions against allowing a superior court to conduct a "wholesale review for 'reasonableness'". According to the Canadian Civil Liberties Association ("CCLA"), *habeas corpus*, as a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* remedy, should be interpreted in a manner that is responsive to the particular needs of an individual who has been unlawfully deprived of his or her liberty. For this purpose, a superior court must be able to consider the merits of the underlying decision. Finally, the John Howard Society of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies submit that the appellants' interpretation of the scope of *habeas corpus* is too restrictive, but that "*Dunsmuir* reasonableness" cannot apply as a standard of review on a *habeas corpus* application (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190).

- b) Quelle est la portée de l'obligation de communication prévue à l'art. 27 de la *LSCMLC*?
- c) En l'espèce, existait-il des motifs de conclure que la décision était illégale et de décerner le bref d'*habeas corpus*?

[23] À propos de la première question, les appelants plaident que, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* dans ce contexte, le pouvoir de révision d'une cour supérieure provinciale se limite à déterminer si la décision était « légale ». Selon les appelants, le bien-fondé de la décision sous-jacente n'a pas d'incidence sur cet examen. Seule la Cour fédérale peut apprécier le caractère raisonnable des décisions administratives fédérales. Par contre, l'intimé soutient qu'une cour supérieure peut, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, examiner le caractère raisonnable d'une décision correctionnelle qui entraîne une privation de liberté.

[24] Les intervenantes appuient en grande partie cette prétention de M. Khela. L'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB ») plaide que les cours supérieures provinciales saisies de demandes d'*habeas corpus* doivent pouvoir procéder à une révision rigoureuse pour déterminer si une décision était « légale ». L'ALCCB indique néanmoins qu'il ne faut pas permettre aux cours supérieures de se livrer à un [TRADUCTION] « examen approfondi du "caractère raisonnable" ». Selon l'Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), l'*habeas corpus* doit être interprété de manière à tenir compte des besoins particuliers d'une personne illégalement privée de sa liberté, lorsqu'il est employé pour accorder une réparation en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce faire, les cours supérieures doivent pouvoir examiner le bien-fondé de la décision sous-jacente. Enfin, la Société John Howard du Canada et l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry soutiennent que l'interprétation que donnent les appelants à la portée de l'*habeas corpus* est trop restrictive, mais qu'on ne peut pas, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, appliquer la norme de la décision raisonnable énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir* (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190).

[25] As for the second issue, the appellants contend that disclosure will be sufficient when, as a matter of logic and common sense, it enables the inmate to know the case he or she has to meet. They further argue that if information is withheld pursuant to s. 27(3) of the *CCRA*, the decision to withhold it cannot be impugned by means of an application for *habeas corpus*, but must be challenged in the Federal Court on judicial review. The respondent counters that s. 27(1) indicates, in plain language, that the decision maker must disclose all the information considered in the taking of a decision or a summary of that information. He adds that if information is withheld from an inmate pursuant to s. 27(3), the onus is on the warden to demonstrate that there were reasonable grounds to believe that the safety of a person, the security of the institution or the conduct of an investigation would have been jeopardized had the information been disclosed. All four interveners (the CCLA, the BCCLA, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies together with the John Howard Society of Canada) are in substantial agreement with the respondent.

[26] Finally, on the third issue, the appellants submit that the courts below erred in granting Mr. Khela's *habeas corpus* application. First, they argue that the courts below erred in holding that it is acceptable for a provincial superior court to review the merits of a transfer decision for reasonableness. Second, they argue that the courts below erred in finding that the Warden's disclosure constituted a denial of procedural fairness. In their opinion, the information disclosed to Mr. Khela was sufficient for him to know the case to be met. The respondent contends that the Warden did not disclose all the information she had considered, and that she provided no evidentiary basis for withholding it as she was required to do in the context of s. 27. The decision to transfer Mr. Khela was accordingly unlawful for want of procedural fairness.

[25] Au sujet de la deuxième question, les appelants prétendent que la communication des renseignements est suffisante lorsque, selon la logique et le bon sens, le détenu est en mesure de connaître la preuve qui pèse contre lui. Ils soutiennent en outre que, si la communication de renseignements a été refusée en application du par. 27(3) de la *LSCMLC*, on ne peut contester ce refus au moyen d'une demande d'*habeas corpus*. Il faut plutôt présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. L'intimé répond qu'il ressort du libellé même du par. 27(1) que le décideur doit communiquer tous les renseignements entrant en ligne de compte dans la prise de décision ou un sommaire de ceux-ci. Il ajoute que si les renseignements ne sont pas communiqués à un détenu conformément au par. 27(3), il incombe au directeur de démontrer l'existence de motifs raisonnables de croire que la communication mettrait en danger la sécurité d'une personne ou de l'établissement ou compromettrait la tenue d'une enquête. Les quatre intervenantes (l'ACLC, l'ALCCB, l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada) sont essentiellement d'accord avec l'intimé.

[26] Enfin, pour ce qui est de la troisième question, les appelants font valoir que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en accueillant la demande d'*habeas corpus* de M. Khela. Premièrement, ils soutiennent que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en déclarant qu'il est acceptable pour une cour supérieure provinciale d'examiner si le bien-fondé d'une décision relative au transfèrement était raisonnable. Deuxièmement, selon les appelants, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu à tort que la communication de renseignements par la directrice constituait un manquement à l'équité procédurale. À leur avis, les renseignements communiqués étaient suffisants pour permettre à M. Khela de connaître la preuve qui pesait contre lui. Ce dernier rétorque que la directrice n'a pas communiqué tous les renseignements dont elle a tenu compte, et qu'elle n'a présenté aucun élément de preuve justifiant son refus de les communiquer, comme l'exigeait l'art. 27. Par conséquent, la décision de transférer M. Khela était illégale en raison d'un manquement à l'équité procédurale.

V. Analysis

A. *Habeas Corpus: The History and Nature of the Remedy*

[27] W. Blackstone, in his *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, c. 8, at p. 131, asserted that *habeas corpus* is “the great and efficacious writ in all manner of illegal confinement” (cited by D. Parkes, “The ‘Great Writ’ Reinvigorated? *Habeas Corpus* in Contemporary Canada” (2012), 36 *Man. L.J.* 351, at p. 352; *May*, at para. 19; W. F. Duker, *A Constitutional History of Habeas Corpus* (1980), at p. 3). In an earlier incarnation, *habeas corpus* was a means to ensure that the defendant in an action was brought physically before the Court (Duker, at p. 4; J. Farbey, R. J. Sharpe and S. Atrill, *The Law of Habeas Corpus* (3rd ed. 2011), at p. 16; P. D. Halliday, *Habeas Corpus: From England to Empire* (2010), at p. 2). Over time, however, the writ was transformed into a vehicle for reviewing the justification for a person’s imprisonment (Duker, at p. 4). Indeed, by the late 17th century, Vaughan C.J. of the Court of Common Pleas stated that “[t]he Writ of *habeas corpus* is now the most usual remedy by which a man is restored again to his liberty, if he have been against law deprived of it” (Duker, at p. 54, citing *Bushell’s Case* (1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006, at p. 1007).

[28] The first legislation respecting *habeas corpus* was enacted in 1641. The remedy was subsequently codified a second time in the *Habeas Corpus Act* of 1679 (Engl.), 31 Cha. 2, c. 2 (T. Cromwell, “Habeas Corpus and Correctional Law — An Introduction” (1997), 3 *Queen’s L.J.* 295, at p. 298), the many purposes of which included addressing problematic delays in obtaining the writ, ensuring that prisoners were provided with copies of their warrants so that they would know the grounds for their detention, and ensuring that prisoners “would not be taken to places beyond the reach of the writ” (Farbey, Sharpe and Atrill, at p. 16; Halliday, at pp. 239-40).

[29] Through both the *Charter* and the common law, Canada has attempted to maintain and uphold

V. Analyse

A. *L’habeas corpus : historique et nature du recours*

[27] Dans son ouvrage intitulé *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, ch. 8, p. 131, W. Blackstone a écrit que l’*habeas corpus* constitue [TRADUCTION] « le bref important et efficace contre toute forme de détention illégale » (cité par D. Parkes, « The “Great Writ” Reinvigorated? *Habeas Corpus* in Contemporary Canada » (2012), 36 *Man. L.J.* 351, p. 352; *May*, par. 19; W. F. Duker, *A Constitutional History of Habeas Corpus* (1980), p. 3). Auparavant, l’*habeas corpus* constituait en une procédure destinée à assurer la présence physique devant le tribunal d’un défendeur à une action (Duker, p. 4; J. Farbey, R. J. Sharpe et S. Atrill, *The Law of Habeas Corpus* (3^e éd. 2011), p. 16; P. D. Halliday, *Habeas Corpus : From England to Empire* (2010), p. 2). Cependant, le bref est devenu graduellement un moyen d’examiner la justification de l’emprisonnement d’un individu (Duker, p. 4). En effet, à la fin du 17^e siècle, le juge en chef Vaughan de la Cour des plaids communs a affirmé que [TRADUCTION] « [l]e bref d’*habeas corpus* est désormais le recours le plus utilisé pour rendre à un individu la liberté dont il a été illégalement privé » (Duker, p. 54, citant *Bushell’s Case* (1670), Vaughan 135, 124 E.R. 1006, p. 1007).

[28] Le premier texte législatif relatif à l’*habeas corpus* a été adopté en 1641. L’*Habeas Corpus Act* de 1679 (Angl.), 31 Cha. 2, ch. 2, a codifié cette procédure une deuxième fois (T. Cromwell, « Habeas Corpus and Correctional Law — An Introduction » (1997), 3 *Queen’s L.J.* 295, p. 298). Cette loi visait des objectifs divers. Ainsi, elle visait le problème des délais dans l’obtention du bref. Puis, son adoption cherchait à assurer que les prisonniers obtiennent une copie de leur mandat d’arrestation afin qu’ils connaissent les motifs de leur détention, et à faire en sorte que les prisonniers [TRADUCTION] « ne soient pas amenés à un endroit où le bref ne peut être exécuté » (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 16; Halliday, p. 239-240).

[29] Dans la *Charte* et la common law, le Canada a tenté de conserver et de respecter un bon nombre

many of the goals of the *Habeas Corpus Act*, which embodied the evolving purposes and principles of the writ. *Habeas corpus* has become an essential remedy in Canadian law. In *May*, this Court emphasized the importance of *habeas corpus* in the protection of two of our fundamental rights:

(1) the right to liberty of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice (s. 7 of the *Charter*); and (2) the right not to be arbitrarily detained or imprisoned (s. 9 of the *Charter*). [para. 22]

These rights belong to everyone in Canada, including those serving prison sentences (*May*, at paras. 23-25). *Habeas corpus* is in fact the strongest tool a prisoner has to ensure that the deprivation of his or her liberty is not unlawful. In articulating the scope of the writ both in the *Miller* trilogy and in *May*, the Court has ensured that the rule of law continues to run within penitentiary walls (*Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 622) and that any deprivation of a prisoner's liberty is justified.

[30] To be successful, an application for *habeas corpus* must satisfy the following criteria. First, the applicant must establish that he or she has been deprived of liberty. Once a deprivation of liberty is proven, the applicant must raise a legitimate ground upon which to question its legality. If the applicant has raised such a ground, the onus shifts to the respondent authorities to show that the deprivation of liberty was lawful (Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 84-85; *May*, at paras. 71 and 74).

B. Court Oversight of Penal Institutions

[31] Both the Federal Court and provincial superior courts are tasked with reviewing decisions made within federal prison walls. Section 18 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 (“FCA”), confers exclusive original jurisdiction on the Federal Court to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief against

des objectifs de l'*Habeas Corpus Act*, dont les dispositions retraçaient l'évolution des buts et des principes du bref. L'*habeas corpus* est donc devenu une voie de recours essentielle en droit canadien. Plus particulièrement, notre Cour a souligné dans l'arrêt *May* son importance pour la protection de nos droits fondamentaux :

(1) le droit à la liberté et à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale (art. 7 de la *Charte*), et (2) le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire (art. 9 de la *Charte*). [par. 22]

Tous au Canada jouissent de ces droits, y compris les personnes qui purgent une peine d'emprisonnement (*May*, par. 23-25). En fait, l'*habeas corpus* demeure le meilleur moyen à la disposition du prisonnier qui veut faire contrôler la légalité de sa privation de liberté. En précisant la portée du bref dans la trilogie *Miller* et dans l'arrêt *May*, notre Cour a garanti que le principe de légalité continue de régner à l'intérieur des murs d'un pénitencier (*Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 622), et que toute privation de la liberté d'un prisonnier soit justifiée.

[30] Pour réussir, une demande d'*habeas corpus* doit satisfaire aux critères suivants. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il a été privé de sa liberté. Cela fait, le demandeur doit valablement soulever un doute quant à la légalité de sa privation de liberté. Lorsqu'il soulève un tel doute, il incombe aux autorités défenderesses de démontrer la légalité de cette privation de la liberté (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 84-85; *May*, par. 71 et 74).

B. Droit de regard des tribunaux sur les décisions prises dans les établissements carcéraux

[31] La Cour fédérale et les cours supérieures provinciales sont chargées de réviser les décisions prises au sein des pénitenciers fédéraux. Aux termes de l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7 (« LCF »), la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de prohibition, de *mandamus* ou de *quo warranto*,

any federal board, commission or other tribunal. In *Martineau* this Court held that the writ of *certiorari* is available if an administrative decision was unfair, regardless of whether the decision was “judicial or quasi-judicial” (pp. 628-29 and 634). Dickson J. (as he then was) stated, in minority concurring reasons, that under s. 18, *certiorari* is available in the Federal Court whenever “a public body has power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person” (pp. 622-23).

[32] However, *habeas corpus* was “deliberately omit[ted]” from the list of writs set out in s. 18 of the *FCA*. This means that although the Federal Court has a general review jurisdiction, it cannot issue the writ of *habeas corpus* (*Miller*, at pp. 624-26). Jurisdiction to grant *habeas corpus* with regard to inmates remains with the provincial superior courts.

[33] The jurisdiction of the provincial superior courts over prisoners in federal institutions was explained by this Court in the 1985 *Miller* trilogy and confirmed more recently in *May*. In the trilogy, Le Dain J. held that a provincial superior court has jurisdiction to hear an application for *habeas corpus* in order to review the validity of a detention authorized by a federal decision maker, despite the fact that alternative remedies are available in the Federal Court (*Miller*, at pp. 626 and 640-41). Le Dain J. concluded in *Miller*:

... *habeas corpus* should lie to determine the validity of a particular form of confinement in a penitentiary notwithstanding that the same issue may be determined upon *certiorari* in the Federal Court. The proper scope of the availability of *habeas corpus* must be considered first on its own merits, apart from the possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction. The general importance of [*habeas corpus*] as the traditional means of challenging deprivations of liberty is such that its proper development and adaptation to the modern realities of confinement in a prison setting should not be compromised by concerns about conflicting jurisdiction. [Emphasis added; pp. 640-41.]

ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral. Dans l’arrêt *Martineau*, notre Cour a statué qu’il est possible de demander un bref de *certiorari* si une décision administrative a été prise injustement, peu importe si la décision était « judiciaire ou quasi judiciaire » (p. 628-629 et 634). Par ailleurs, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé, dans les motifs concourants des juges minoritaires, qu’aux termes de l’art. 18, la Cour fédérale peut décerner un bref de *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 » (p. 622-623).

[32] Cependant, le législateur a « délibérément omis » la mention de l’*habeas corpus* à l’art. 18 de la *LCF*. Par conséquent, bien que la Cour fédérale exerce une compétence générale en matière de contrôle, elle ne peut décerner le bref d’*habeas corpus* (*Miller*, p. 624-626). Les cours supérieures provinciales conservent à l’égard des détenus la compétence en matière d’*habeas corpus*.

[33] Notre Cour a expliqué le maintien de la compétence des cours supérieures provinciales à l’égard des détenus en établissement fédéral dans la trilogie *Miller* en 1985 et l’a plus récemment confirmé dans l’arrêt *May*. Dans la trilogie, le juge Le Dain a statué que les cours supérieures provinciales ont compétence en matière d’*habeas corpus* pour examiner la validité d’une détention autorisée par un décideur fédéral, malgré la possibilité d’exercer d’autres recours en Cour fédérale (*Miller*, p. 626 et 640-641). Le juge Le Dain a conclu comme suit dans l’arrêt *Miller* :

... il y a lieu à *habeas corpus* pour déterminer la validité d’une forme particulière de détention dans un pénitencier quoique la même question puisse être tranchée par voie de *certiorari* en Cour fédérale. La portée du recours à l’*habeas corpus* doit d’abord être examinée en fonction de son propre fondement, indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences. L’importance générale de [l’*habeas corpus*] comme moyen traditionnel de contester les privations de liberté est telle que son développement et son adaptation rationnels aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral ne doivent pas être compromis par des craintes de conflits de compétence. [Je souligne; p. 640-641.]

Thus, the availability of the writ is more important than the possibility of hypothetical issues arising as a result of concurrent jurisdiction.

[34] Le Dain J. also held in *Miller* that relief in the form of *habeas corpus* is available in a provincial superior court to an inmate whose “residual liberty” has been reduced by a decision of the prison authorities, and that this relief is distinct from a possible decision to release the inmate entirely from the correctional system (*Miller*, at p. 641). Decisions which might affect an offender’s residual liberty include, but are not limited to, administrative segregation, confinement in a special handling unit and, as in the case at bar, a transfer to a higher security institution.

[35] Finally, *Miller* enhanced the effectiveness of *habeas corpus* by confirming that inmates may apply for *certiorari* in aid of *habeas corpus*. Without *certiorari* in aid, a court hearing a *habeas corpus* application would consider only the “facts as they appear[ed] on the face of [the] return” or on the “face” of the decision, as the case may be, in determining whether the deprivation of liberty was lawful (D. A. C. Harvey, *The Law of Habeas Corpus in Canada* (1974), at p. 103). But *certiorari* in aid brings the record before the reviewing judge so that he or she may examine it to determine whether the challenged decision was lawful (*Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, at para. 117). *Certiorari* in aid therefore operates to make *habeas corpus* more effective by requiring production of the record of the proceedings that resulted in the decision in question (*Miller*, at p. 624; Laskin C.J. in *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570, at p. 578).

[36] It should be noted that *certiorari* applied for in aid of *habeas corpus* is different from *certiorari* applied for on its own. The latter is often used to quash an order, and it is only available in the Federal Court to an applicant challenging a federal administrative decision. In the context of a *habeas corpus* application, what is in issue is only the writ of *certiorari* employed to “inform the [c]ourt” and assist it in making the correct determination in a specific case, and not the

Ainsi, l’accessibilité au recours en *habeas corpus* importe plus que les questions hypothétiques que pourrait soulever une compétence concurrente.

[34] Dans *Miller*, le juge Le Dain a aussi décidé que les détenus dont la « liberté résiduelle » a été réduite par une décision des autorités pénitentiaires devaient disposer, en cour supérieure provinciale, d’un recours de la nature de l’*habeas corpus*, et que ce recours est distinct d’une autre décision qui accorderait possiblement sa pleine liberté (*Miller*, p. 641). Les décisions susceptibles de toucher la liberté résiduelle d’un détenu sont, entre autres, celles qui concernent l’isolement préventif, l’incarcération dans une unité spéciale de détention et, comme en l’espèce, le transfèrement à un établissement à sécurité plus élevée.

[35] Enfin, l’arrêt *Miller* a renforcé l’efficacité de l’*habeas corpus* en confirmant que les prisonniers peuvent demander un *certiorari* auxiliaire de l’*habeas corpus*. En effet, sans le *certiorari* auxiliaire, le tribunal qui entend une demande d’*habeas corpus* ne pourrait examiner la légalité de la privation de liberté qu’à la lumière des [TRADUCTION] « faits énoncés dans le rapport » ou « au vu » de la décision, selon le cas (D. A. C. Harvey, *The Law of Habeas Corpus in Canada* (1974), p. 103). Le *certiorari* auxiliaire constitue alors le moyen par lequel le juge siégeant en révision peut obtenir et examiner le dossier afin de statuer sur la légalité de la décision contestée (*Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, par. 117). Le *certiorari* auxiliaire rend donc plus efficace le recours en *habeas corpus* en exigeant la production du dossier des procédures qui ont donné lieu à la décision attaquée (*Miller*, p. 624; le juge en chef Laskin dans *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570, p. 578).

[36] Signalons que la demande d’un *certiorari* auxiliaire de l’*habeas corpus* diffère de la demande d’un *certiorari* seul, qui sert souvent à faire annuler une ordonnance. Lorsqu’une décision administrative fédérale est contestée, seule la Cour fédérale peut accorder ce *certiorari*. Dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus*, seul est en cause le bref de *certiorari* qui vise à [TRADUCTION] « informer le tribunal » et à l’aider à rendre la bonne décision dans un cas donné,

writ of *certiorari* used to bring the record before the decision maker in order to “have it quashed” as would be done on an application for judicial review in the Federal Court (Cromwell, at p. 321).

[37] This being said, there are, from a functional standpoint, many similarities between a proceeding for *habeas corpus* with *certiorari* in aid and a judicial review proceeding in the Federal Court. After all, “judicial review”, “[i]n its broadest sense”, simply refers to the supervisory role played by the courts to ensure that executive power is exercised in a manner consistent with the rule of law (Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 18 and 56). This is also the purpose of *habeas corpus*, if distilled to its essence (see generally, Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 18 and 52-56).

[38] Despite the functional similarities between *certiorari* applied for in aid of *habeas corpus* in a provincial superior court and *certiorari* applied for on its own under the *FCA*, however, there are major remedial and procedural differences between them. These differences include (a) the remedies available in each forum, (b) the burden of proof and (c) the non-discretionary nature of *habeas corpus*.

[39] In the Federal Court, a wide array of relief can be sought in an application for judicial review of a CSC decision (see s. 18.1(3)(b) of the *FCA*). But all a provincial superior court can do is determine that the detention is unlawful and then rule on a motion for discharge.

[40] Further, on an application for judicial review, it is the applicant who must show that the federal decision maker made an error (*May*, at para. 71, citing to s. 18.1(4) of the *FCA*), whereas, on an application for *habeas corpus*, the legal burden rests with the detaining authorities once the prisoner has established a deprivation of liberty and raised a legitimate ground upon which to challenge its legality (*May*, at para. 71; Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 84-86). This particular shift in onus is unique to the writ of *habeas corpus*. Shifting

et non le bref de *certiorari* qui vise à saisir le décideur du dossier en vue d’une « annulation de la décision », comme cela se produit généralement dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire par la Cour fédérale (Cromwell, p. 321).

[37] Cela dit, sous bien des rapports, l’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire s’apparente, sur le plan fonctionnel, au contrôle judiciaire en Cour fédérale. Après tout, le « contrôle judiciaire », entendu [TRADUCTION] « [a]u sens le plus large », renvoie seulement à la fonction de surveillance des cours de justice chargées de veiller à ce que le pouvoir exécutif s’exerce dans le respect de la primauté du droit (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 18 et 56). Telle est également la raison d’être de l’*habeas corpus* ramené à sa plus simple expression (voir de façon générale Farbey, Sharpe et Atrill, p. 18 et 52-56).

[38] Malgré leurs ressemblances fonctionnelles, d’importantes différences subsistent toutefois sur les plans de la réparation et de la procédure entre le *certiorari* auxiliaire de l’*habeas corpus* en cour supérieure provinciale et la demande visant seulement le bref de *certiorari* sous le régime de la *LCF*. Au nombre de ces différences, mentionnons a) les réparations susceptibles d’être obtenues de l’une ou l’autre cour, b) le fardeau de preuve et c) la nature non discrétionnaire de l’*habeas corpus*.

[39] La Cour fédérale peut, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, accorder une vaste gamme de réparations contre une décision du SCC (voir l’al. 18.1(3)(b) de la *LCF*). Par contre, la cour supérieure provinciale peut uniquement conclure à l’illégalité d’une détention et statuer ensuite sur une demande de libération.

[40] En outre, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, il incombe au demandeur de prouver que le décideur fédéral a commis une erreur (*May*, par. 71, renvoi au par. 18.1(4) de la *LCF*), alors que dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus*, ce fardeau incombe aux autorités carcérales dès lors que le prisonnier a établi la privation de liberté et soulevé valablement un doute quant à la légalité de cette privation (*May*, par. 71; Farbey, Sharpe et Atrill, p. 84-86). Ce déplacement particulier du fardeau de la preuve est propre au bref d’*habeas corpus*.

the legal burden onto the detaining authorities is compatible with the very foundation of the law of *habeas corpus*, namely that a deprivation of liberty is permissible only if the party effecting the deprivation can demonstrate that it is justified. The shift is particularly understandable in the context of an emergency or involuntary inmate transfer, as an individual who has been deprived of liberty in such a context will not have the requisite resources or the ability to discover why the deprivation has occurred or to build a case that it was unlawful. On an application for judicial review, on the other hand, the onus remains on the individual challenging the impugned decision to show that the decision was unreasonable.

[41] Finally, judicial review is an inherently discretionary remedy (C. Ford, “Dogs and Tails: Remedies in Administrative Law”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2nd ed. 2013), 85, at pp. 107-9). On an application for judicial review, the court has the authority to determine at the beginning of the hearing whether the case should proceed (D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 481). In contrast, a writ of *habeas corpus* issues as of right if the applicant proves a deprivation of liberty and raises a legitimate ground upon which to question the legality of the deprivation. In other words, the matter *must* proceed to a hearing if the inmate shows some basis for concluding that the detention is unlawful (*May*, at paras. 33 and 71; Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 52-54).

[42] Twenty years after the *Miller* trilogy, in *May*, this Court stressed the importance of having superior courts hear *habeas corpus* applications. The majority in *May* unambiguously upheld the *ratio* of *Miller*: “. . . *habeas corpus* jurisdiction should not be declined merely because of the existence of an alternative remedy” (para. 34). In *May*, the Court established that, in light of the historical purposes of the writ, provincial superior courts should decline jurisdiction to hear *habeas corpus* applications in only two very limited circumstances:

L’attribution de ce fardeau aux autorités carcérales exprime le fondement même du droit en matière d’*habeas corpus*, selon lequel une privation de liberté n’est autorisée que lorsque la personne qui l’a ordonnée peut démontrer qu’elle est justifiée. Ce déplacement du fardeau se justifie particulièrement dans le contexte d’un transfèrement d’urgence ou non sollicité d’un détenu. En effet, la privation de liberté du prévenu le prive des ressources ou de la capacité de découvrir les motifs de cette privation de liberté ou de constituer la preuve susceptible d’établir l’illégalité de celle-ci. Dans une demande de contrôle judiciaire, par contre, la personne qui conteste la décision demeure tenue de prouver le caractère déraisonnable de cette décision.

[41] Enfin, le contrôle judiciaire constitue un recours intrinsèquement discrétionnaire (C. Ford, « Dogs and Tails : Remedies in Administrative Law », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2^e éd. 2013), 85, p. 107-109). Dans une telle procédure, le tribunal peut, au début de l’audience, décider si l’affaire doit aller plus loin (D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 481). Par contre, le bref d’*habeas corpus* est accordé d’office lorsque le demandeur prouve la privation de liberté et soulève valablement un doute quant à la légalité de cette privation. En d’autres termes, l’affaire *doit* être entendue dès lors que le détenu avance quelque fondement permettant de conclure à l’illégalité de la détention (*May*, par. 33 et 71; Farbey, Sharpe et Atrill, p. 52-54).

[42] Vingt ans après la trilogie *Miller*, notre Cour a souligné dans *May* l’importance qu’elle attache à la possibilité pour les cours supérieures d’entendre les demandes d’*habeas corpus*. En effet, dans ce dernier arrêt, les juges majoritaires ont confirmé sans ambiguïté la validité du raisonnement qui sous-tend l’arrêt *Miller* : « . . . on ne devrait pas décliner compétence relativement à l’*habeas corpus* simplement en raison de l’existence d’un autre recours » (par. 34). Dans l’arrêt *May*, la Cour a statué que, pour respecter les objectifs historiques de l’*habeas corpus*, les cours supérieures provinciales ne devraient décliner compétence en matière d’*habeas corpus* que dans deux cas bien précis :

... where (1) a statute such as the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, confers jurisdiction on a court of appeal to correct the errors of a lower court and release the applicant if need be or (2) the legislator has put in place complete, comprehensive and expert procedure for review of an administrative decision. [para. 50]

As was true in *May*, the first exception does not apply to the instant case. As for the second exception, the appellants have offered no argument to suggest that the transfer and review process of CSC has, since *May*, become a “complete, comprehensive and expert procedure” (paras. 50-51).

[43] The majority in *May* set out five factors that provided further support for the position that provincial superior courts should hear *habeas corpus* applications from federal prisoners regardless of whether relief is available in the Federal Court.

[44] First, given their vulnerability and the realities of confinement in prisons, inmates should, despite concerns about conflicting jurisdiction, have the ability to choose between the forums and remedies available to them (*May*, at paras. 66-67). As this Court very succinctly put it in *May*, “[t]he [remedial] option belongs to the applicant” (para. 44).

[45] Second, there is no reason to suppose that the Federal Court is more expert than the provincial superior courts when it comes to inmates’ fundamental rights. The Federal Court is of course well acquainted with administrative decisions and administrative procedure. The superior courts, on the other hand, are eminently familiar with the application of *Charter* principles and values, which are directly in issue when an inmate claims to have been unlawfully deprived of liberty (*May*, at para. 68).

[46] Third, a hearing of a *habeas corpus* application in a superior court can be obtained more rapidly than a hearing of a judicial review application in the Federal Court. For example, according to Rule 4 of the *Criminal Rules of the Supreme Court*

... (1) lorsqu’une loi comme le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, investit une cour d’appel de la compétence de corriger les erreurs d’un tribunal inférieur et de libérer le demandeur au besoin, ou (2) lorsque le législateur a mis en place une procédure d’examen complet, exhaustif et spécialisé d’une décision administrative. [par. 50]

Tout comme dans l’arrêt *May*, la première exception ne s’applique pas en l’espèce. Quant à la deuxième exception, les appelants n’ont présenté aucun argument laissant entendre que le processus de transfèrement et d’examen du SCC soit devenu, depuis l’arrêt *May*, une « procédure d’examen complet, exhaustif et spécialisé » (par. 50-51).

[43] Dans l’arrêt *May*, les juges majoritaires ont exposé cinq facteurs qui renforcent la thèse selon laquelle les cours supérieures provinciales devraient instruire les demandes d’*habeas corpus* que présentent les détenus des établissements fédéraux, peu importe la possibilité de recours devant la Cour fédérale.

[44] Premièrement, en raison de leur vulnérabilité et des réalités de l’emprisonnement, les détenus devraient pouvoir choisir le tribunal auquel ils veulent s’adresser et le recours dont ils veulent se prévaloir parmi ceux qui leur sont offerts, malgré les craintes de conflits de compétence (*May*, par. 66-67). Ainsi que la Cour l’a très succinctement énoncé dans *May*, « [l]e choix [du recours] appartient au demandeur » (par. 44).

[45] Deuxièmement, rien ne permet de supposer que l’expertise de la Cour fédérale, en matière de droits fondamentaux des détenus, soit plus grande que celle d’une cour supérieure provinciale. Incontestablement, la Cour fédérale connaît très bien les décisions et les procédures administratives. Toutefois, les cours supérieures connaissent fort bien l’application des principes et des valeurs de la *Charte* qui sont mis en cause lorsqu’un détenu prétend avoir été illégalement privé de sa liberté (*May*, par. 68).

[46] Troisièmement, on peut obtenir plus rapidement l’audition d’une demande d’*habeas corpus* que l’audition d’une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale. À titre d’exemple, selon la règle 4 des *Règles de la Cour suprême de la*

of *British Columbia*, SI/97-140, a hearing of a *habeas corpus* application requires only six days' notice. This is minimal in comparison with the timeline for having a judicial review application heard in the Federal Court. In that court, if the parties take the full time allotted to them at each step of the procedure, the request that a date be set for the hearing of the application will be filed 160 days after the challenged decision (s. 18.1(2) of the *FCA* and Rules 301 to 314 of the *Federal Court Rules*, SOR/98-106, cited at para. 69 of *May*).

[47] Fourth, inmates have greater local access to a provincial superior court. This Court recognized the importance of local access in both *Miller*, at pp. 624-26, and *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at pp. 634-35, as well as in *May*, at para. 70.

[48] Fifth, as I mentioned above, the non-discretionary nature of *habeas corpus* and the burden of proof on an application for this remedy both favour the applicant.

[49] These factors all weigh against acceptance of a bifurcated jurisdiction. The history and nature of the remedy, combined with what this Court has said on this issue in the past, unequivocally support a finding that favours access to justice for prisoners, namely that of concurrent jurisdiction. As the majority stated in *May*, “[t]imely judicial oversight, in which provincial superior courts must play a concurrent if not predominant role, is still necessary to safeguard the human rights and civil liberties of prisoners” (para. 72).

[50] The cases discussed above form the basis for the approach the Court must take to the first issue.

C. *Scope of the Review*

[51] In essence, the effect of the *Miller* trilogy and *May* is that an inmate who has been deprived of his or her liberty as a result of an unlawful

Colombie-Britannique en matière pénale, TR/97-140, l’audition d’une demande d’*habeas corpus* nécessite seulement six jours d’avis. Ce délai reste court, si on le compare aux mêmes délais pour l’audition d’une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale. Si les délais maximaux prévus à chaque étape des procédures sont entièrement utilisés, la demande de fixation d’une date d’audition d’une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale ne sera déposée que 160 jours après la date de la décision contestée (par. 18.1(2) de la *LCF* et les règles 301 à 314 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, cités au par. 69 de l’arrêt *May*).

[47] Quatrièmement, la cour supérieure de leur région est plus aisément accessible aux détenus. La Cour a reconnu l’importance de ce facteur dans *Miller*, p. 624-626, et dans *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, p. 634-635, comme elle l’a fait dans *May*, par. 70.

[48] Cinquièmement, comme je l’ai déjà mentionné, le caractère non discrétionnaire de l’*habeas corpus* et le fardeau de preuve afférent à ce recours jouent en faveur du demandeur.

[49] Tous ces facteurs nous portent à rejeter l’idée d’accepter une scission des compétences. L’histoire et la nature du recours, confirmées dans les décisions de notre Cour, permettent de conclure sans équivoque que l’existence d’une compétence concurrente est nécessaire pour garantir aux détenus un accès à la justice. Ainsi que l’ont affirmé les juges majoritaires dans l’arrêt *May*, « [l]a prompt attention judiciaire, dans laquelle les cours supérieures provinciales doivent tenir un rôle concurrent sinon prédominant, demeure nécessaire pour la protection des droits de la personne et des libertés civiles des prisonniers » (par. 72).

[50] La démarche que doit suivre la Cour à l’égard de la première question s’appuie sur les décisions examinées précédemment.

C. *Portée de la révision*

[51] Essentiellement, en raison de la trilogie *Miller* et l’arrêt *May*, le détenu privé de sa liberté par l’effet d’une décision illégale d’un office fédéral

decision of a federal board, commission, or tribunal can apply to a provincial superior court for relief in the form of *habeas corpus*. What must now be done is to establish the scope of that court's review power.

[52] As I mentioned above, on an application for *habeas corpus*, the basic question before the court is whether or not the decision was lawful. Thus far, it is clear that a decision will not be lawful if the detention is not lawful, if the decision maker lacks jurisdiction to order the deprivation of liberty (see, for example, *R. v. J.P.G.* (2000), 130 O.A.C. 343), or if there has been a breach of procedural fairness (see *May, Miller and Cardinal*). However, given the flexibility and the importance of the writ, as well as the underlying reasons why the jurisdiction of the provincial superior courts is concurrent with that of the Federal Court, it is clear that a review for lawfulness will sometimes require an assessment of the decision's reasonableness.

[53] Including a reasonableness assessment in the scope of the review is consistent with this Court's case law. In particular, allowing provincial superior courts to assess reasonableness in the review follows logically from how this Court has framed the remedy and from the limits the courts have placed on the avenues through which the remedy can be obtained.

[54] This Court has recognized in its decisions that *habeas corpus* should develop over time to ensure that the law remains consistent with the remedy's underlying goals: no one should be deprived of their liberty without lawful authority. The significance of *habeas corpus* to those who have been deprived of their liberty means that it must be developed in a meaningful way (*Miller*, at pp. 640-41). In *May*, the Court quoted with approval the statement by Black J. of the United States Supreme Court that *habeas corpus* is "not now and never has been a static, narrow, formalistic remedy; its scope has grown to achieve its grand purpose — the protection of individuals against erosion of their right to be free from wrongful restraints upon their liberty" (*May*, at para. 21; *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), at p. 243; see also the preface to

peut exercer devant la cour supérieure provinciale un recours de la nature de l'*habeas corpus*. Il faut maintenant déterminer la portée du pouvoir de révision de cette cour.

[52] Comme je l'ai déjà indiqué, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, la question fondamentale consiste à savoir si la décision rendue était légale. Il est maintenant acquis qu'une décision ne sera pas légale si la détention est elle-même illégale, si le décideur n'a pas compétence pour ordonner la privation de liberté (voir, par exemple, *R. c. J.P.G.* (2000), 130 O.A.C. 343), ou s'il y a eu un manquement à l'équité procédurale (voir *May, Miller et Cardinal*). Cependant, en raison de la souplesse et de l'importance de ce bref, ainsi que des motifs justifiant la confirmation de la compétence concurrente de la cour supérieure provinciale et de la Cour fédérale, il est clair que la révision de la légalité exigera parfois l'examen du caractère raisonnable de la décision.

[53] La jurisprudence de notre Cour confirme que la révision peut comporter l'examen du caractère raisonnable de la décision. Plus particulièrement, la reconnaissance du pouvoir des cours supérieures provinciales d'examiner le caractère raisonnable de la décision découle logiquement de la façon dont notre Cour a défini le recours et des limites imposées par les tribunaux quant aux moyens d'obtenir ce recours.

[54] En effet, notre jurisprudence a reconnu que l'*habeas corpus* doit évoluer pour garantir que les objectifs sous-jacents du recours continuent à être respectés : nul ne devrait être privé de sa liberté sans que la loi l'autorise. L'importance que revêt l'*habeas corpus* pour les personnes qui ont été privées de leur liberté confirme qu'il doit évoluer d'une manière significative (*Miller*, p. 640-641). Dans l'arrêt *May*, notre Cour a cité et approuvé les propos du juge Black de la Cour suprême des États-Unis rappelant que l'*habeas corpus* n'est [TRADUCTION] « pas maintenant ni n'a jamais été un recours statique, étroit et formaliste; sa portée s'est élargie afin qu'il puisse remplir son premier objet — la protection des individus contre l'érosion de leur droit de ne pas voir imposer de restrictions abusives à leur liberté » (*May*, par. 21; *Jones c. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962),

R. J. Sharpe's *The Law of Habeas Corpus* (2nd ed. 1989)). This remedy is crucial to those whose residual liberty has been taken from them by the state, and this alone suffices to ensure that it is rarely subject to restrictions.

[55] This Court has been reluctant to place limits on the avenues through which an individual may apply for the remedy. As I mentioned above, the Court confirmed in *Miller* that *habeas corpus* will remain available to federal inmates in the superior courts regardless of the existence of other avenues for redress (pp. 640-41). Similarly, Wilson J. stated in *Gamble* that courts have not bound themselves, nor should they do so, to limited categories or definitions of review where the review concerns the subject's liberty (pp. 639-40). In *May*, the Court confirmed that there are in fact only two instances in which a provincial superior court should decline to hear a *habeas corpus* application: (1) where the *Peiroo* exception applies (that is, where the legislature has put in place a complete, comprehensive and expert procedure) (*Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.)), and (2) where a statute such as the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, confers jurisdiction on a court of appeal to correct errors of a lower court and release the applicant if need be (*May*, at paras. 44 and 50). Reviews of decisions of correctional authorities for reasonableness do not fall into either of these exceptions, and in accordance with *May*, they therefore can and should be considered by a provincial superior court.

[56] Many of the same principles which weighed in favour of concurrent jurisdiction in *May* apply to the determination of the scope of a provincial superior court's review power. First, each applicant should be entitled to choose his or her avenue of relief. If a court hearing a *habeas corpus* application cannot review the reasonableness of the underlying decision, then a prisoner who has been deprived of his or her liberty as a result of an unreasonable decision does not have a choice of avenues through

p. 243; voir aussi la préface de l'ouvrage de R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (2^e éd. 1989)). Ce recours est essentiel aux personnes privées par l'État de leur liberté résiduelle — cette raison suffit en soi pour que l'on veille à ce que le recours soit rarement restreint.

[55] Notre Cour s'est montrée réticente à imposer des restrictions aux différentes voies par lesquels un individu peut avoir accès au recours. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'arrêt *Miller* a confirmé que les détenus fédéraux pourront continuer de se prévaloir du recours en *habeas corpus* devant les cours supérieures, peu importe qu'il existe d'autres voies de recours (p. 640-641). De même, dans *Gamble*, la juge Wilson a souligné que les tribunaux ne se sont pas enfermés, et ne devraient pas s'enfermer, dans des catégories ou des définitions limitées du pouvoir de contrôle judiciaire lorsque la liberté du sujet est en cause (p. 639-640). Dans *May*, notre Cour a confirmé qu'en fait, il n'existe que deux situations où une cour supérieure provinciale devrait refuser d'entendre une demande d'*habeas corpus* : (1) l'exception établie par l'arrêt *Peiroo* s'applique (le législateur a mis en place une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé) (*Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.)), et (2) lorsqu'une loi comme le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, investit une cour d'appel de la compétence de corriger les erreurs d'un tribunal inférieur et de mettre le demandeur en liberté au besoin (*May*, par. 44 et 50). Ni l'une ni l'autre de ces exceptions n'exclut l'examen du caractère raisonnable des décisions des autorités correctionnelles. En conséquence, conformément à l'arrêt *May*, ces décisions peuvent et devraient être examinées par une cour supérieure provinciale.

[56] Plusieurs des principes qui favorisaient la reconnaissance de la compétence concurrente dans l'arrêt *May* entrent en jeu lorsqu'il faut déterminer la portée du pouvoir de révision d'une cour supérieure provinciale. Premièrement, chaque demandeur devrait pouvoir choisir son recours. Si l'audition d'une demande d'*habeas corpus* ne permet pas l'examen du caractère raisonnable de la décision sous-jacente, le prisonnier privé de sa liberté en raison d'une décision déraisonnable ne peut plus

which to obtain redress but must apply to the Federal Court.

[57] Second, there is no reason to assume that the Federal Court is more expert than the superior courts in determining whether a deprivation of liberty is lawful. While it is true that the Federal Court may regularly be asked to determine whether decisions regarding a “mere loss of privileges” are reasonable, when a loss of liberty is involved, the superior courts are well versed in the *Charter* rights that apply when an inmate is transferred to a higher security facility (ss. 7 and 9).

[58] Third, if inmates are not able to obtain review of their potentially unreasonable loss of liberty under an application for *habeas corpus*, they will have to wade through the lengthy grievance procedure available under the statute in order to have their concerns heard. If, for example, an inmate has lost his or her liberty as a result of a decision that was made on the basis of irrelevant evidence or was completely unsupported by the evidence, he or she is entitled to apply for and obtain a speedy remedy.

[59] In the instant case, the appellants have filed an affidavit suggesting that *habeas corpus* proceedings are becoming increasingly time-consuming as superior court judges review the records of prison decision makers. There is a difficulty, however, with accepting this affidavit as convincing evidence that a *habeas corpus* application in a superior court no longer provides quicker relief than an application for judicial review in the Federal Court. Although the affidavit outlines how long it has taken to obtain decisions on *habeas corpus* applications in *certain* circumstances, it does not compare this with the length of time it takes to obtain decisions from the Federal Court on applications for judicial review in similar circumstances.

[60] The case at bar itself provides compelling evidence against the proposition advanced in the appellants’ affidavit. Mr. Khela, after receiving

choisir le recours qui lui permettra d’obtenir une réparation; il doit s’adresser à la Cour fédérale.

[57] Deuxièmement, rien ne permet de supposer que l’expertise de la Cour fédérale est plus grande que celle d’une cour supérieure lorsqu’il s’agit d’examiner la légalité d’une privation de liberté. Bien que la Cour fédérale puisse couramment être appelée à décider si une décision concernant une « simple perte de privilèges » est raisonnable, dans le cas d’une privation de liberté, les cours supérieures connaissent bien les droits garantis par la *Charte* qui s’appliquent lorsqu’un détenu est transféré à un établissement à sécurité plus élevé (art. 7 et 9).

[58] Troisièmement, si le détenu ne peut obtenir, au moyen d’une demande d’*habeas corpus*, la révision de la décision possiblement déraisonnable le privant de sa liberté, il devra épuiser l’ensemble de la longue procédure de règlement de griefs prévue dans la loi pour faire entendre ses réclamations. Si, par exemple, le détenu a été privé de sa liberté parce qu’une décision était fondée sur une preuve non pertinente, ou parce que aucune preuve ne l’appuyait, il peut présenter une demande et obtenir une réparation rapidement.

[59] En l’espèce, les appelants ont déposé un affidavit qui affirme que les procédures d’*habeas corpus* deviennent de plus en plus longues puisque les juges des cours supérieures doivent examiner les dossiers des autorités carcérales qui ont pris les décisions. Il s’avère toutefois difficile de considérer cet affidavit comme une preuve convaincante que la demande d’*habeas corpus* présentée à une cour supérieure ne permet plus d’obtenir une réparation plus rapidement que dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire. L’affidavit indique le temps nécessaire dans *certaines* circonstances pour obtenir une décision dans le cadre de demandes d’*habeas corpus*, mais il ne compare pas ces délais aux délais requis pour présenter à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire et obtenir une décision dans des circonstances semblables.

[60] En l’espèce, des éléments de preuve déposés dans le présent dossier contredisent de manière convaincante les prétentions soutenues par les

the final decision with respect to his transfer on March 15, 2010, filed a notice of application in the British Columbia Supreme Court on April 27, 2010. The notice stated that the application would be made on May 11, 2010. A decision was rendered only ten days later by Bruce J. of that court.

[61] Moreover, the affidavit failed to take into account the structure of the grievance procedure provided for in the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (“CCRR”). Mr. Khela could not have challenged the decision in the Federal Court for want of procedural fairness and for unreasonableness without first going through an internal review process required by the statutory scheme. According to the statutory scheme, Mr. Khela would have had to submit a complaint. According to *Commissioner’s Directive 081*, “Offender Complaints and Grievances”, such complaints have multiple levels. The Directive indicates that grievors who are dissatisfied with the “decision rendered at the final level . . . may seek judicial review of the decision at the Federal Court” (s. 15 (emphasis added)). However, even if an inmate’s complaint is designated as a high priority, it can take as long as 90 days after the complaint was made before the inmate receives the final decision. Mr. Khela would not have been able to apply for judicial review until after he had received a decision at that level. Given the structure of this grievance procedure, an application for *habeas corpus* in a provincial superior court remains the more timely remedy.

[62] The appellants argue to allow the provincial superior courts to review CSC transfer decisions for reasonableness would lengthen the duration of applications, increase their cost and cause a shift in the allocation of judicial resources. However, as Wilson J. stated in *Gamble*, “[r]elief in the form of *habeas corpus* should not be withheld for reasons of mere convenience” (p. 635).

appelants dans leur affidavit. En effet, après avoir reçu le 15 mars 2010 la décision définitive relative à son transfèrement, M. Khela a déposé un avis de demande devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique le 27 avril 2010. L’avis indiquait que la demande serait présentée le 11 mai 2010. La juge Bruce de cette cour a rendu une décision seulement dix jours plus tard.

[61] De plus, dans leur affidavit, les appelants ne tiennent pas compte de la structure de la procédure de règlement de griefs prévue au *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (« RSCMLC »). Monsieur Khela n’aurait pu contester devant la Cour fédérale la décision au motif d’une violation du principe de l’équité procédurale et de son caractère déraisonnable sans d’abord se soumettre au processus d’examen interne que prescrit le régime législatif. Selon le régime prévu par la loi, il aurait fallu que M. Khela dépose une plainte. Et selon la *Directive du commissaire 081*, « Plaintes et griefs des délinquants », la procédure de traitement d’une telle plainte comprend plusieurs paliers. La directive indique que le plaignant qui n’est pas satisfait de « la décision finale rendue au palier final [. . .] peut soumettre une demande de révision judiciaire à la Cour fédérale » (art. 15 (je souligne)). Cependant, même si sa plainte est jugée prioritaire, le détenu pourrait devoir attendre jusqu’à 90 jours après la formulation de sa plainte pour obtenir la décision finale. Monsieur Khela n’aurait pu déposer une demande de contrôle judiciaire qu’après avoir obtenu cette décision. Compte tenu des modalités de cette procédure de règlement de griefs, la présentation d’une demande d’*habeas corpus* devant une cour supérieure provinciale reste le recours le plus rapidement accessible.

[62] Les appelants plaident que la révision du caractère raisonnable des décisions de transfèrement du SCC par une cour supérieure provinciale augmenterait la durée et le coût des instances, et modifierait l’attribution des ressources judiciaires. Cependant, comme la juge Wilson l’a expliqué dans *Gamble*, « [l]e redressement sous la forme d’un *habeas corpus* ne devrait pas être refusé pour de simples raisons de commodité » (p. 635).

[63] Fourth, the fact that inmates have local access to relief in the form of *habeas corpus* also weighs in favour of including a review for reasonableness. In *May*, this Court noted that “it would be unfair if federal prisoners did not have the same access to *habeas corpus* as do provincial prisoners” (para. 70). If the appellants’ position were accepted, whereas provincial prisoners can apply to their provincial superior court for *habeas corpus* on procedural or jurisdictional grounds while also having that same court review the decision which resulted in their loss of liberty for reasonableness on an application for judicial review (see, for example, *Libo-on v. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre)*, 2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128, at para. 1), federal inmates would be required to apply to two different courts for redress flowing from a single impugned decision with the exact same record. It seems inconsistent to force the latter to do so solely because they are in federal prisons.

[64] Fifth, the non-discretionary nature of *habeas corpus* and the traditional onus on an application for that remedy favour an inmate who claims to have been unlawfully deprived of his or her liberty. If the inmate were forced to apply to the Federal Court to determine whether the deprivation was unreasonable, the remedy would be a discretionary one. Further, on an application for judicial review, the onus would be on the applicant to show that the transfer decision was unreasonable. As Farbey, Sharpe and Atrill state, “[i]t would be wrong . . . to deny [the benefits of the writ] by forcing the applicant to pursue some alternative remedy” (p. 54).

[65] Ultimately, weighing these factors together leads to the conclusion that allowing a provincial superior court to conduct a review for reasonableness in deciding an application for *habeas corpus* would lead to greater access to a more effective remedy. Reasonableness should therefore be regarded as one element of lawfulness.

[63] Quatrièmement, le fait que les détenus aient accès dans leur région au recours en *habeas corpus* milite aussi en faveur de l’inclusion d’un examen du caractère raisonnable de la décision. Dans *May*, notre Cour a fait remarquer qu’il « serait injuste que les prisonniers incarcérés dans des établissements fédéraux ne jouissent pas du même accès au recours en *habeas corpus* que les détenus des établissements provinciaux » (par. 70). Si nous acceptions l’argument des appelants, les prisonniers provinciaux pourraient présenter une demande d’*habeas corpus* à la cour supérieure provinciale de leur région pour des motifs liés à la procédure ou à la compétence, et cette même cour pourrait déterminer, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, si la décision qui a eu pour effet de les priver de leur liberté est raisonnable (voir, par exemple, *Libo-on c. Alberta (Fort Saskatchewan Correctional Centre)*, 2004 ABQB 416, 32 Alta. L.R. (4th) 128, par. 1). Cependant, les détenus fédéraux devraient s’adresser à deux différents tribunaux pour obtenir réparation à l’égard de la même décision contestée présentant exactement le même dossier. Une telle politique serait dépourvue de toute cohérence.

[64] Cinquièmement, la nature non discrétionnaire de l’*habeas corpus* et la répartition des fardeaux de preuve lors de l’exercice de ce recours devaient favoriser le détenu qui prétend avoir été illégalement privé de sa liberté. En effet, si le détenu devait s’adresser à la Cour fédérale pour déterminer si la privation de sa liberté était déraisonnable, le recours resterait discrétionnaire. De plus, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, il incomberait au demandeur de démontrer que la décision de le transférer était déraisonnable. Comme Farbey, Sharpe et Atrill l’ont affirmé, [TRADUCTION] « [i]l serait erroné [. . .] de priver le demandeur [des avantages de l’*habeas corpus*] en l’obligeant à exercer un autre recours » (p. 54).

[65] En définitive, lorsque nous soupesons l’ensemble de ces facteurs, nous devons conclure que le fait de permettre à une cour supérieure provinciale d’examiner le caractère raisonnable de la décision dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* revient à donner un meilleur accès à un recours plus efficace. Le caractère raisonnable de la décision devrait alors être considéré comme un élément du contrôle de la légalité.

[66] Whether a decision is “lawful” cannot relate to jurisdiction alone. The appellants suggest that a review on a *habeas corpus* application is “limited to an analysis of whether there is jurisdiction to make a decision”, as opposed to a review of the reasonableness of the underlying decision. For this proposition, the appellants rely on Le Dain J.’s conclusions in *Miller* (1) that *certiorari* in aid cannot be employed to convert an application for *habeas corpus* into an appeal on the merits (p. 632), and (2) that an application for *habeas corpus* addresses issues going to jurisdiction rather than issues going to the merits (p. 630). However, the appellants misread the context of Le Dain J.’s comments, which were made in reference to the earlier cases of *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431, *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, and *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111. Le Dain J. was simply echoing earlier decisions in which this Court had held that *habeas corpus* is not to be used to appeal a *conviction*. Thus, he was saying in that case what the Court subsequently clarified in *May*, namely that “provincial superior courts should decline *habeas corpus* jurisdiction . . . where . . . a statute such as the *Criminal Code* . . . confers jurisdiction on a court of appeal to correct the errors of a lower court and release the applicant if need be” (para. 50). This cannot be interpreted as a statement that a provincial superior court may not rule on the reasonableness of an administrative decision in the context of an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid.

[67] Nor does *May* prohibit a provincial superior court from examining the reasonableness of an underlying transfer decision in the context of an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. In *May*, this Court confirmed that “[a] deprivation of liberty will only be lawful where it is within the jurisdiction of the decision-maker” (para. 77). This cannot be read as a signal that *only* decisions outside the decision maker’s jurisdiction will be unlawful.

[66] La détermination du caractère légal d’une décision ne peut s’arrêter au seul examen de la compétence. Les appelants prétendent qu’un examen par voie d’*habeas corpus* [TRADUCTION] « se limite à une analyse de la question de savoir si la cour a compétence pour rendre une décision », par opposition à un examen du caractère raisonnable de la décision sous-jacente. Ils invoquent à cet égard les conclusions du juge Le Dain dans l’arrêt *Miller* selon lesquelles (1) le *certiorari* auxiliaire ne peut avoir pour effet de transformer une demande d’*habeas corpus* en un appel sur le fond (p. 632) et (2) la demande d’*habeas corpus* porte sur des questions de compétence plutôt que sur des questions de fond (p. 630). Les appelants ont toutefois mal interprété le contexte des observations du juge Le Dain, qui ont été formulées à l’égard des arrêts antérieurs *Goldhar c. The Queen*, [1960] R.C.S. 431, *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140, et *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111. Le juge Le Dain rappelait simplement le contenu de décisions antérieures dans lesquelles notre Cour avait confirmé que l’*habeas corpus* ne doit pas être utilisé pour interjeter appel d’une *déclaration de culpabilité*. Ainsi, le juge Le Dain confirmait dans cette affaire ce qui a plus tard été précisé dans l’arrêt *May*, soit que « les cours supérieures provinciales [. . .] devraient décliner compétence en matière d’*habeas corpus* [. . .] lorsqu’une loi comme le *Code criminel* [. . .] investit une cour d’appel de la compétence de corriger les erreurs d’un tribunal inférieur et de libérer le demandeur au besoin » (par. 50). Ces propos ne signifient pas qu’une cour supérieure provinciale ne peut pas se prononcer sur le caractère raisonnable d’une décision administrative lorsqu’elle est saisie d’une demande d’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire.

[67] L’arrêt *May* n’empêche pas non plus une cour supérieure provinciale d’examiner le caractère raisonnable d’une décision de transférer sous-jacente lorsqu’elle est saisie d’une demande d’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire. Dans cet arrêt, notre Cour a confirmé que « [l]a privation de liberté n’est légale que si elle relève de la compétence du décideur » (par. 77). Il ne faut pas interpréter ces propos comme signifiant que

On the contrary, it simply means that jurisdiction is one requirement to be met for a decision to be lawful. On its own, however, this requirement is not sufficient to make a decision lawful. A decision that is within the decision maker's jurisdiction but that lacks the safeguards of procedural fairness will not be lawful. Likewise, a decision that lacks an evidentiary foundation or that is arbitrary or unreasonable cannot be lawful, regardless of whether the decision maker had jurisdiction to make it.

[68] It is true that there is a line of United Kingdom cases that suggests that a decision is unlawful only if it is outside the decision maker's jurisdiction. In *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak*, [1991] 2 All E.R. 319, for example, Lord Donaldson of the Court of Appeal stated:

A writ of habeas corpus will issue where someone is detained without any authority or the purported authority is beyond the powers of the person authorising the detention and so is unlawful. *The remedy of judicial review* is available where the decision or action sought to be impugned is within the powers of the person taking it but, due to procedural error, a misappreciation of the law, a failure to take account of relevant matters, a taking account of irrelevant matters or the fundamental unreasonableness of the decision or action, it should never have been taken. In such a case the decision or action is lawful, unless and until it is set aside by a court of competent jurisdiction. [Emphasis in original; pp. 322-23.]

Lord Donaldson subsequently clarified this statement in *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi*, [1992] 1 Q.B. 244 (C.A.), holding that a claim for *habeas corpus* should be denied because

there was no challenge to jurisdiction, but only to a prior underlying administrative decision. This is a quite different challenge and, unless and until it succeeds, there are no grounds for impugning the legality of his detention. [p. 255]

seules les décisions ne relevant pas de la compétence du décideur seront illégales. Bien au contraire, le passage tiré de l'arrêt *May* signifie simplement que l'existence de la compétence constitue une condition nécessaire à la légalité d'une décision. Cependant, le respect de cette condition ne suffit pas en soi pour qu'une décision soit légale. Ainsi, une décision qui relève de la compétence du décideur, mais qui n'offre pas les garanties d'équité procédurale, ne sera pas légale. De même, une décision qui n'est pas étayée par la preuve, ou qui est arbitraire ou déraisonnable, ne peut pas être légale, peu importe si elle relevait ou non de la compétence du décideur.

[68] Certes, selon un courant jurisprudentiel au Royaume-Uni, une décision n'est illégale que si elle ne relève pas de la compétence du décideur. Par exemple, dans *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Cheblak*, [1991] 2 All E.R. 319, lord Donaldson de la Cour d'appel a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] *Un bref d'habeas corpus* est décerné lorsqu'une personne est détenue sans autorisation ou quand l'autorisation outrepassé les pouvoirs de la personne ayant permis la détention et est, par conséquent, illégale. *Le recours au contrôle judiciaire* est admis lorsque la décision ou la mesure contestée relève des pouvoirs du décideur, mais qu'en raison d'une erreur procédurale, d'une mauvaise interprétation du droit, d'un défaut de tenir compte des facteurs pertinents, de la prise en compte de facteurs non pertinents ou du caractère fondamentalement déraisonnable de la décision ou de la mesure, elle n'aurait jamais dû être prise. Dans un tel cas, la décision ou la mesure est légale tant qu'elle n'est pas annulée par un tribunal compétent. [Italiques dans l'original; p. 322-323.]

Lord Donaldson a plus tard clarifié cet énoncé dans l'affaire *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Muboyayi*, [1992] 1 Q.B. 244 (C.A.), où il a statué qu'une demande d'*habeas corpus* devrait être rejetée pour la raison suivante :

[TRADUCTION] . . . ce n'est pas la compétence qui a été contestée mais seulement une décision administrative sous-jacente antérieure. Il s'agit là d'une contestation bien différente et, tant qu'elle n'est pas accueillie, il n'existe aucune raison de contester la légalité de la détention. [p. 255]

In other words, a decision cannot be unlawful for reasons other than jurisdiction unless it is deemed unlawful by a “proper” reviewing court (Farbey, Sharpe and Atrill, at p. 58).

[69] These decisions do not reflect the state of the law in Canada. First, if the *Cheblak/Muboyayi* line of cases were accepted in Canada, it would result in the bifurcated jurisdiction this Court explicitly rejected both in the *Miller* trilogy and in *May* (*May*, at para. 72; *Miller*, at pp. 624-26). Second, the conclusion that jurisdictional error alone is determinative of “lawfulness” contradicts a higher line of authority from the United Kingdom (see, for example, *R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah*, [1968] A.C. 192 (H.L.); *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] 1 A.C. 74 (H.L.); for further criticism of the *Cheblak/Muboyayi* line of cases see H. W. R. Wade, “Habeas Corpus and Judicial Review” (1997), 113 *L.Q.R.* 55, and Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 56-63).

[70] Finally, requiring inmates to challenge the reasonableness of a CSC transfer decision in the Federal Court could also result in a waste of judicial resources. For example, an inmate may take issue with both the process and the reasonableness of such a decision. Were we to accept the appellants’ position, it would be possible for the inmate to first challenge that decision for want of procedural fairness by applying for *habeas corpus* with *certiorari* in aid in a provincial superior court and then, should that application fail, challenge the reasonableness of the same decision by seeking *certiorari* in the Federal Court. This bifurcation makes little sense given that *certiorari* in aid is available, and it would undoubtedly lead to a duplication of proceedings and have a negative impact on judicial economy.

Autrement dit, une décision ne peut pas être considérée illégale pour des motifs autres que la compétence tant qu’une cour de révision « appropriée » ne l’a pas déclarée illégale (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 58).

[69] Ces décisions ne reflètent pas l’état du droit canadien. Premièrement, l’introduction au Canada du courant jurisprudentiel découlant des affaires *Cheblak* et *Muboyayi* aurait pour effet de scinder la compétence, ce que notre Cour a expressément rejeté dans *May* et dans la trilogie *Miller* (*May*, par. 72; *Miller*, p. 624-626). Deuxièmement, la conclusion selon laquelle seule une erreur de compétence est déterminante quant à la « légalité » est contraire aux décisions de l’autorité supérieure au Royaume-Uni (voir, par exemple, *R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Armah*, [1968] A.C. 192 (H.L.); *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Khawaja*, [1984] 1 A.C. 74 (H.L.); pour d’autres critiques de la série de décisions découlant des affaires *Cheblak* et *Muboyayi*, voir H. W. R. Wade, « Habeas Corpus and Judicial Review » (1997), 113 *L.Q.R.* 55, et Farbey, Sharpe et Atrill, p. 56-63).

[70] Enfin, obliger les détenus à contester devant la Cour fédérale le caractère raisonnable d’une décision du SCC de transférer un détenu pourrait aussi conduire à un gaspillage des ressources judiciaires. Par exemple, un détenu pourrait contester le processus suivi pour rendre une décision et le caractère raisonnable de celle-ci. Si nous acceptons la position des appelants, un détenu pourrait d’abord contester cette décision pour des motifs d’équité procédurale en présentant à la cour supérieure provinciale une demande d’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire. En cas de rejet de cette demande, le détenu pourrait alors contester le caractère raisonnable de la même décision en sollicitant la délivrance d’un bref de *certiorari* devant la Cour fédérale. Compte tenu de la possibilité d’obtenir un *certiorari* auxiliaire, une telle scission des recours serait illogique, causerait sans doute un dédoublement des procédures et aurait une incidence négative sur l’économie des ressources judiciaires.

[71] In an earlier article, Robert Sharpe had written that “the scope of review on *habeas corpus* depends upon the material which may be looked at by the court” (R. J. Sharpe, “Habeas Corpus in Canada” (1976), 2 *Dal. L.J.* 241, at p. 262; Chiasson J.A., at para. 72). If this is correct, which I believe it is, and the scope of the review is inextricably related to the material before the reviewing court, it is only logical on an application for *habeas corpus* to include an assessment of reasonableness in a review for lawfulness. Given that it is now well settled that on an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid the court will have before it “the complete record of inferior proceedings”, the court has the power to review that record to ensure that the record supports the decision (Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 45-46). This will also aid in the conservation of scarce judicial resources.

[72] The above reasoning leads to the conclusion that an inmate may challenge the reasonableness of his or her deprivation of liberty by means of an application for *habeas corpus*. Ultimately, then, where a deprivation of liberty results from a federal administrative decision, that decision can be subject to either of two forms of review, and the inmate may choose the forum he or she prefers. An inmate can choose either to challenge the reasonableness of the decision by applying for judicial review under s. 18 of the *FCA* or to have the decision reviewed for reasonableness by means of an application for *habeas corpus*. “Reasonableness” is therefore a “legitimate ground” upon which to question the legality of a deprivation of liberty in an application for *habeas corpus*.

[73] A transfer decision that does not fall within the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” will be unlawful (*Dunsmuir*, at para. 47). Similarly, a decision that lacks “justification, transparency and intelligibility” will be unlawful (*ibid.*). For it to be lawful, the reasons for and record of the decision must “in fact or in principle support the conclusion reached” (*Newfoundland and Labrador Nurses’*

[71] Dans un article antérieur, Robert Sharpe avait écrit que [TRADUCTION] « la portée de l’examen dans le cadre d’un *habeas corpus* dépend des documents que renferme le dossier soumis à la cour » (R. J. Sharpe, « Habeas Corpus in Canada » (1976), 2 *Dal. L.J.* 241, p. 262; le juge Chiasson, par. 72). Si, comme je le crois, cette affirmation est juste, et si la portée de l’examen est inextricablement liée aux documents dont dispose la cour de révision, il est tout à fait logique d’inclure dans l’examen de la légalité, lors de la demande d’*habeas corpus*, une appréciation du caractère raisonnable de la décision. En effet, il est maintenant bien établi que, puisque la cour dispose, dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus* assorti d’un *certiorari* auxiliaire, [TRADUCTION] « du dossier intégral des instances inférieures » elle peut examiner ce dossier pour s’assurer qu’il appuie la décision (Farbey, Sharpe et Atrill, p. 45-46). Cela permettra aussi de préserver les ressources judiciaires limitées.

[72] Le raisonnement qui précède mène à la conclusion qu’un détenu peut contester le caractère raisonnable de sa privation de liberté par voie d’*habeas corpus*. Ainsi, lorsque la privation de liberté découle d’une décision administrative fédérale, cette décision peut faire l’objet de l’une ou l’autre des deux formes de contrôle, et il appartient au détenu de choisir celle qu’il préfère. Le détenu peut opter pour la contestation du caractère raisonnable de la décision par voie de contrôle judiciaire fondé sur l’art. 18 de la *LCF*. Il peut aussi, par une demande d’*habeas corpus*, obtenir l’examen du caractère raisonnable de la décision. Le « caractère raisonnable » constitue donc un « doute [valablement soulevé] » quant à la légalité de la privation de liberté dans le cadre d’une demande d’*habeas corpus*.

[73] Le transfèrement sera illégal s’il ne fait pas partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). Il en sera de même pour une décision dénuée « [de] justification, [de] transparence et [d’]intelligibilité » (*ibid.*). La décision sera légale si les motifs et le dossier de la décision « étayant, effectivement ou en principe, la conclusion » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c.*

Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board), 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 12, quoting with approval D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304).

[74] As things stand, a decision will be unreasonable, and therefore unlawful, if an inmate’s liberty interests are sacrificed absent any evidence or on the basis of unreliable or irrelevant evidence, or evidence that cannot support the conclusion, although I do not foreclose the possibility that it may also be unreasonable on other grounds. Deference will be shown to a determination that evidence is reliable, but the authorities will nonetheless have to explain that determination.

[75] A review to determine whether a decision was reasonable, and therefore lawful, necessarily requires deference (*Dunsmuir*, at para. 47; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union*, at paras. 11-12). An involuntary transfer decision is nonetheless an administrative decision made by a decision maker with expertise in the environment of a particular penitentiary. To apply any standard other than reasonableness in reviewing such a decision could well lead to the micromanagement of prisons by the courts.

[76] Like the decision at issue in *Lake*, a transfer decision requires a “fact-driven inquiry involving the weighing of various factors and possessing a ‘negligible legal dimension’” (*Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at paras. 38 and 41). The statute outlines a number of factors to which a warden must adhere when transferring an inmate: the inmate must be placed in the least restrictive environment that will still assure the safety of the public, penitentiary staff and other inmates, should have access to his or her home community, and should be transferred to a compatible cultural and linguistic environment (s. 28 *CCRA*). Determining whether an inmate poses a threat to

Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor), 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 12, citant avec approbation D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304).

[74] À l’heure actuelle, une décision est considérée comme déraisonnable et, partant, illégale, si les droits à la liberté d’un détenu sont sacrifiés en l’absence de toute preuve, sur la foi d’une preuve non fiable, d’une preuve non pertinente ou d’une preuve qui n’étaye pas la conclusion, même si je n’exclus pas la possibilité qu’elle puisse également être déraisonnable pour d’autres motifs. La décision sur la fiabilité de la preuve exige de la déférence à l’égard du décideur, mais les autorités doivent tout de même expliquer en quoi la preuve offerte est digne de foi.

[75] Un examen visant à déterminer si une décision est raisonnable et, par conséquent, légale, appelle nécessairement la déférence (*Dunsmuir*, par. 47; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union*, par. 11-12). En effet, une décision ordonnant un transfèrement non sollicité est néanmoins une décision administrative prise par un décideur possédant une expertise relative à un pénitencier en particulier. Examiner cette décision selon une norme autre que la norme de la décision raisonnable pourrait bien entraîner une microgestion des prisons par les tribunaux.

[76] La décision ordonnant un transfèrement, tout comme la décision faisant l’objet de l’arrêt *Lake*, « tient en grande partie aux faits, et le [décideur] doit soupeser divers facteurs dont l’“aspect juridique est négligeable” » (*Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 38 et 41). La loi énonce un certain nombre de facteurs dont doivent tenir compte les directeurs lorsqu’ils procèdent à un transfèrement : les détenus doivent être placés dans un établissement dont le niveau de sécurité est le moins restrictif nécessaire pour assurer la sécurité du public, du personnel et des autres détenus; ils devraient avoir accès à la collectivité à laquelle ils appartiennent

the security of the penitentiary or of the individuals who live and work in it requires intimate knowledge of that penitentiary's culture and of the behaviour of the individuals inside its walls. Wardens and the Commissioner possess this knowledge, and related practical experience, to a greater degree than a provincial superior court judge.

[77] The intervener the BCCLA argues that the application of a standard of review of reasonableness should not change the basic structure or benefits of the writ. I agree. First, the traditional onuses associated with the writ will remain unchanged. Once the inmate has demonstrated that there was a deprivation of liberty and casts doubt on the reasonableness of the deprivation, the onus shifts to the respondent authorities to prove that the transfer was reasonable in light of all the circumstances.

[78] Second, the writ remains non-discretionary as far as the decision to review the case is concerned. If the applicant raises a legitimate doubt as to the reasonableness of the detention, the provincial superior court judge is required to examine the substance of the decision and determine whether the evidence presented by the detaining authorities is reliable and supports their decision. Unlike the Federal Court in the context of an application for judicial review, a provincial superior court hearing a *habeas corpus* application has no inherent discretion to refuse to review the case (see Farbey, Sharpe and Atrill, at pp. 52-56). However, a residual discretion will come into play at the second stage of the *habeas corpus* proceeding, at which the judge, after reviewing the record, must decide whether to discharge the applicant.

[79] Third, the ability to challenge a decision on the basis that it is unreasonable does not necessarily change the standard of review that applies to other

et à leur famille, et ils devraient être transférés dans un milieu culturel et linguistique compatible (*LSCMLC*, art. 28). Pour déterminer si un détenu constitue une menace pour la sécurité du pénitencier ou pour les personnes qui y vivent et y travaillent, il faut une connaissance approfondie de la culture du pénitencier et du comportement des personnes qui s'y trouvent. Les directeurs et le commissaire possèdent, plus que les juges des cours supérieures provinciales, cette connaissance approfondie et l'expérience pratique connexe.

[77] L'intervenante ALCCB prétend que l'application de la norme de la décision raisonnable ne devrait pas avoir pour effet de modifier la structure fondamentale ou les avantages du bref. Je suis d'accord. Premièrement, les fardeaux de preuve habituels associés au bref continueront de s'appliquer. Une fois que le détenu a démontré qu'il a été privé de sa liberté et qu'il soulève un doute quant au caractère raisonnable de la privation, le fardeau de la preuve se déplace et impose aux autorités intimées de prouver que le transfèrement était raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances.

[78] Deuxièmement, l'*habeas corpus* demeure non discrétionnaire en ce qui concerne la décision de réviser le dossier. Lorsque le demandeur soulève valablement un doute quant au caractère raisonnable de sa détention, le juge de la cour supérieure provinciale est tenu d'examiner la décision au fond et de déterminer si les autorités chargées de la détention ont présenté des éléments de preuve fiables qui étayaient leur conclusion. Contrairement à la Cour fédérale lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la cour supérieure provinciale qui entend une demande d'*habeas corpus* n'a pas le pouvoir discrétionnaire inhérent de refuser d'examiner l'affaire (voir Farbey, Sharpe et Atrill, p. 52-56). Toutefois, un pouvoir discrétionnaire résiduel entre en jeu à la deuxième étape de la procédure d'*habeas corpus* lorsque, après examen du dossier, le juge doit décider s'il y a lieu de libérer le demandeur.

[79] Troisièmement, la possibilité de contester une décision au motif qu'elle est déraisonnable ne change pas nécessairement la norme de révision

flaws in the decision or in the decision-making process. For instance, the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be “correctness”.

[80] It will not be necessary to determine whether the decision made by the Warden in the instant case was unlawful on the basis of unreasonableness. As I will explain below, the decision was unlawful because it was procedurally unfair.

D. *Discipline and Disclosure*

[81] Section 29 of the *CCRA* authorizes inmate transfers, and ss. 5(1)(b) and 13 of the *CCRR* outline how this authority is exercised where an immediate transfer is necessary. Section 29 of the *CCRA* provides that the Commissioner may authorize the transfer of an inmate from one penitentiary to another in accordance with the regulations on condition that the penitentiary to which the inmate is transferred provides him or her with an environment that contains only the necessary restrictions, taking into account the safety of the public and persons in the penitentiary, and the security of the penitentiary (ss. 28 and 29). According to s. 13(2)(a) of the *CCRR*, if the Commissioner or a designated staff member determines that an inmate must be transferred immediately on an emergency and involuntary basis, the inmate is nonetheless entitled to make representations regarding the transfer. Section 27(1) of the *CCRA* provides that where an inmate is entitled by the regulations to make such representations, the decision maker must give him or her “all the information” to be considered in taking a final decision regarding the transfer, subject only to s. 27(3). Even inmates transferred on an emergency and involuntary basis are therefore entitled to all the information considered in the Warden’s decision-making process, or a summary thereof, except where s. 27(3) applies. The requirement that the inmate be provided with “all the information” can be satisfied by providing him or her with a summary of the information.

[82] As this Court put it in *Cardinal*, one of the cases in the *Miller* trilogy, “there is, as a general common law principle, a duty of procedural

applicable aux autres lacunes de la décision ou du processus décisionnel. Par exemple, la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l’équité procédurale sera toujours celle de la « décision correcte ».

[80] Il n’est pas nécessaire de savoir si la décision qu’a prise la directrice dans la présente affaire était illégale parce qu’elle était déraisonnable. Comme je l’expliquerai plus loin, la décision était illégale parce qu’elle était inéquitable sur le plan procédural.

D. *Mesure disciplinaire et communication*

[81] L’article 29 de la *LSCMLC* autorise les transfèrements, et l’al. 5(1)(b) et l’art. 13 du *RSCMLC* indiquent la façon dont ce pouvoir est exercé lorsqu’un transfèrement immédiat s’impose. Selon l’art. 29 de la *LSCMLC*, le commissaire peut autoriser le transfèrement d’un détenu d’un pénitencier à un autre conformément aux règlements pourvu que le pénitencier où le détenu est transféré constitue un milieu où seules existent les restrictions nécessaires, compte tenu de la sécurité du public, du pénitencier et des personnes qui s’y trouvent (art. 28 et 29). Suivant l’al. 13(2)(a) du *RSCMLC*, lorsque le commissaire ou l’agent désigné conclut qu’un détenu doit faire l’objet d’un transfèrement immédiat d’urgence non sollicité, ce dernier peut tout de même présenter des observations au sujet du transfèrement. Aux termes du par. 27(1) de la *LSCMLC*, lorsque les règlements autorisent le détenu à présenter des observations, le décideur doit lui communiquer « tous les renseignements » entrant en ligne de compte dans la décision finale relative au transfèrement, sous réserve seulement du par. 27(3). Par conséquent, même les détenus visés par un transfèrement d’urgence non sollicité ont le droit de connaître tous les renseignements que le directeur a pris en considération dans sa décision, ou un sommaire de ceux-ci, sous réserve seulement du par. 27(3). La communication d’un sommaire des renseignements peut satisfaire à l’obligation de fournir au détenu « tous les renseignements ».

[82] Comme la Cour l’a confirmé dans l’arrêt *Cardinal*, une des décisions de la trilogie *Miller*, « à titre de principe général de *common law*, une

fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual” (p. 653). Section 27 of the *CCRA* guides the decision maker and elaborates on the resulting procedural rights (*May*, at para. 94). In order to guarantee fairness in the process leading up to a transfer decision, s. 27(1) provides that the inmate should be given all the information that was considered in the taking of the decision, or a summary of that information. This disclosure must be made within a reasonable time before the final decision is made. The onus is on the decision maker to show that s. 27(1) was complied with.

[83] This disclosure is not tantamount to the disclosure required by *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. As the Court stated in *May*, “[t]he requirements of procedural fairness must be assessed contextually” (para. 90, citing *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at para. 39; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, at para. 82). In this context, the inmate’s residual liberty is at stake, but his or her innocence is not in issue. *Stinchcombe* requires that the Crown disclose all relevant information, including “not only that which the Crown intends to introduce into evidence, but also that which it does not” (p. 343). Section 27 does not require the authorities to produce evidence in their possession that was not taken into account in the transfer decision; they are only required to disclose the evidence that was *considered*. Further, whereas *Stinchcombe* requires the Crown to disclose *all* relevant information, s. 27 of the *CCRA* provides that a summary of that information will suffice.

[84] The statutory scheme allows for some exemptions from the onerous disclosure requirement

obligation de respecter l’équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d’une personne » (p. 653). L’article 27 de la *LSCMLC* guide le décideur et précise ces droits procéduraux (*May*, par. 94). Pour garantir l’équité du processus de prise de décision qui mène au transfèrement, le par. 27(1) prévoit que tous les renseignements entrant en ligne de compte dans la prise de décision, ou un sommaire de ceux-ci, doivent être communiqués au détenu, et ce, dans un délai raisonnable avant la prise de la décision finale. Il incombe au décideur de prouver qu’il a respecté le par. 27(1).

[83] Cette forme de communication ne doit pas se confondre avec la communication requise par l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Comme la Cour l’a indiqué dans l’arrêt *May*, « [i]l faut toujours examiner les exigences de l’équité procédurale en contexte » (par. 90, citant *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, par. 39; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, par. 82). Dans ce contexte, bien que la liberté résiduelle d’un détenu soit en jeu, son innocence ne l’est pas. L’arrêt *Stinchcombe* exige que le ministère public communique tous les renseignements pertinents, non seulement les « renseignements que le ministère public entend produire en preuve, mais aussi ceux qu’il n’a pas l’intention de produire » (p. 343). Aux termes de l’art. 27, les autorités ne sont pas tenues de produire les éléments de preuve qu’elles possèdent et qui n’ont pas été pris en compte dans la décision relative au transfèrement; elles doivent communiquer seulement les éléments de preuve *entrant en ligne de compte* dans la décision. De plus, suivant *Stinchcombe*, le ministère public doit communiquer *tous* les renseignements pertinents, mais selon l’art. 27 de la *LSCMLC*, un sommaire de ces renseignements suffit.

[84] Le régime législatif permet certaines exemptions à la lourde obligation de communication

of s. 27(1) and (2). Section 27(3) provides that where the Commissioner has reasonable grounds to believe that disclosure of information under s. 27(1) or (2) would jeopardize (a) the safety of any person, (b) the security of a penitentiary, or (c) the conduct of a lawful investigation, he or she may authorize the withholding from the inmate of as much information as is strictly necessary in order to protect the interest that would be jeopardized.

[85] A decision to withhold information pursuant to s. 27(3) is necessarily reviewable by way of an application for *habeas corpus*. Such a decision is not independent of the transfer decision made under s. 29. Rather, s. 27 serves as a statutory guide to procedural protections that have been adopted to ensure that decisions under s. 29 and other provisions are taken fairly. When a transfer decision is made under s. 29 and an inmate is entitled to make representations pursuant to the *CCRR*, s. 27 is engaged and decisions made under it are reviewable. If the correctional authorities failed to comply with s. 27 as a whole, a reviewing court may find that the transfer decision was procedurally unfair, and the deprivation of the inmate's liberty will not be lawful. This is certainly a "legitimate ground" upon which an inmate may apply for *habeas corpus*.

[86] *Habeas corpus* is structured in such a way that so long as the inmate has raised a legitimate ground upon which to question the legality of the deprivation, the onus is on the authorities to justify the lawfulness of the detention (*May*, at para. 71). If the Commissioner, or a representative of the Commissioner, chooses to withhold information from the inmate on the basis of s. 27(3), the onus is on the decision maker to invoke the provision and prove that there were reasonable grounds to believe that disclosure of that information would jeopardize one of the listed interests.

[87] Where, pursuant to s. 27(3), the correctional authorities do not disclose to the inmate *all* the information considered in their transfer decision or

prévue aux par. 27(1) et (2). Selon le par. 27(3), si le commissaire a des motifs raisonnables de croire que la communication des renseignements prévue aux par. 27(1) ou (2) mettrait en danger a) la sécurité d'une personne, b) la sécurité du pénitencier, ou c) compromettrait la tenue d'une enquête licite, il peut refuser la communication de renseignements au détenu dans la mesure jugée strictement nécessaire à la protection des intérêts en danger.

[85] La décision de refuser la communication de renseignements conformément au par. 27(3) peut nécessairement être révisée par voie d'*habeas corpus*. Cette décision n'est pas indépendante de celle qui est prise au sujet du transfèrement en vertu de l'art. 29. L'article 27 apporte plutôt des précisions sur les garanties procédurales établies pour assurer l'équité des décisions fondées sur l'art. 29 ou sur d'autres dispositions. Lorsqu'une décision de transférer est prise en vertu de l'art. 29 et qu'un détenu peut présenter des observations conformément au *RSCMLC*, l'art. 27 s'applique et les décisions prises sous son régime sont susceptibles de révision. Si l'autorité correctionnelle ne se conforme pas à toutes les obligations que lui impose l'art. 27, la cour de révision peut conclure que la décision relative au transfèrement est inéquitable sur le plan procédural, et la privation de liberté du détenu ne pourra être légale. Un tel constat constitue certainement un « doute [valablement soulevé] » que le détenu peut invoquer dans sa demande d'*habeas corpus*.

[86] L'*habeas corpus* est structuré de telle sorte que, dès lors que le détenu a valablement soulevé un doute quant à la légalité de sa privation de liberté, il incombe aux autorités de justifier de la licéité de la détention (*May*, par. 71). Si le commissaire, ou son représentant, choisit de refuser la communication de renseignements au détenu en se fondant sur le par. 27(3), il lui incombe alors d'invoquer cette disposition et de prouver qu'il avait des motifs raisonnables de croire que la communication de ces renseignements compromettrait les intérêts mentionnés.

[87] Lorsque les autorités correctionnelles refusent, en se fondant sur le par. 27(3), de communiquer au détenu *tous* les renseignements entrant en

a summary thereof, they should generally, if challenged on an application for *habeas corpus*, submit to the judge of the reviewing court a sealed affidavit that contains both the information that has been withheld from the inmate compared with the information that was disclosed and the reasons why disclosure of that information might jeopardize the security of the penitentiary, the safety of any person or the conduct of a lawful investigation.

[88] When the prison authorities rely on kites or anonymous tips to justify a transfer, they should also explain in the sealed affidavit why those tips are considered to be reliable. When liberty interests are at stake, procedural fairness also includes measures to verify the evidence being relied upon. If an individual is to suffer a form of deprivation of liberty, “procedural fairness includes a procedure for verifying the evidence adduced against him or her” (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, at para. 56).

[89] Section 27(3) authorizes the withholding of information when the Commissioner has “reasonable grounds to believe” that should the information be released, it might threaten the security of the prison, the safety of any person or the conduct of an investigation. The Commissioner, or his or her representative, is in the best position to determine whether such a risk could in fact materialize. As a result, the Commissioner, or the warden, is entitled to a margin of deference on this point. Similarly, the warden and the Commissioner are in the best position to determine whether a given source or informant is reliable. Some deference is accordingly owed on this point as well. If, however, certain information is withheld without invoking s. 27(3), deference will not be warranted, and the decision will be procedurally unfair and therefore unlawful.

ligne de compte dans leur décision de transférer un détenu ou un sommaire de ceux-ci, elles devraient généralement, si le détenu conteste une décision par voie d’*habeas corpus*, présenter au juge de la cour de révision un affidavit scellé. Cet affidavit contiendrait les renseignements qui n’ont pas été communiqués au détenu et ceux qui lui ont été communiqués, ainsi qu’un exposé des raisons pour lesquelles la communication de ces renseignements risquerait de compromettre la sécurité du pénitencier, la sécurité d’une personne ou la tenue d’une enquête licite.

[88] Lorsque les autorités carcérales se fient à des « renseignements glanés » ou à des tuyaux anonymes pour justifier un transfèrement, elles doivent aussi indiquer dans l’affidavit scellé les raisons pour lesquelles elles jugent ces sources fiables. Lorsque le droit à la liberté est en jeu, l’équité procédurale comprend aussi des mesures destinées à vérifier la preuve sur laquelle les autorités se sont fondées. Si une personne doit subir une forme de privation de sa liberté, l’« équité procédurale comprend [. . .] une procédure de vérification de la preuve présentée contre cette personne » (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326, par. 56).

[89] Aux termes du par. 27(3), le commissaire peut refuser la communication de renseignements s’il a des « motifs raisonnables de croire » que la communication de ces renseignements pourrait mettre en danger la sécurité du pénitencier, la sécurité d’une personne, ou pourrait compromettre la tenue d’une enquête. Le commissaire, ou son représentant, est le mieux en mesure de décider si ce risque pourrait effectivement se concrétiser. Par conséquent, il faut, dans une certaine mesure, faire preuve de déférence sur ce point envers le commissaire ou le directeur. De même, ces derniers sont mieux en mesure de déterminer la fiabilité de certaines sources ou de certains informateurs. Par conséquent, il faut, sur ce point également, faire preuve d’une certaine déférence. Toutefois, si le par. 27(3) n’est pas invoqué et que certains renseignements ne sont pas communiqués, la déférence ne sera pas justifiée et la décision sera inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégale.

[90] I should point out that not all breaches of the *CCRA* or the *CCRR* will be unfair. It will be up to the reviewing judge to determine whether a given breach has resulted in procedural unfairness. For instance, if s. 27(3) has been invoked erroneously or if there was a strictly technical breach of the statute, the reviewing judge must determine whether that error or that technicality rendered the decision procedurally unfair.

E. *Lawfulness of the Deprivation of Liberty*

[91] As I mentioned above, the writ of *habeas corpus* will issue if (1) the applicant has been deprived of his or her liberty and (2) that deprivation was unlawful. No one has contested the fact that the transfer of Mr. Khela to Kent Institution was a deprivation of his liberty. However, the parties disagree on whether that deprivation was lawful.

[92] It is clear from the record that the Warden, in making the transfer decision, considered information that she did not disclose to Mr. Khela. Nor did she give him an adequate summary of the missing information. The withholding of this information was not justified under s. 27(3). As a result, the Warden's decision did not meet the statutory requirements related to the duty of procedural fairness.

[93] In this case, the application judge noted that the Warden had failed to disclose information about the reliability of the sources (at para. 47), the specific statements made by the sources (at para. 51), and the scoring matrix that informed Mr. Khela's security classification (para. 56). She found that the failure to disclose this information had rendered the transfer decision procedurally unfair (para. 59). I agree with that finding.

[94] The specific statements made by the sources and information concerning the reliability of the sources should have been disclosed to Mr. Khela. The appellants submit that information on the reliability of sources and substantial details about

[90] Toutefois, je souligne que tout manquement à la *LSCMLC* ou au *RSCMLC* n'est pas nécessairement inéquitable. Il appartiendra à la cour de révision de déterminer si un manquement donné a emporté un manquement à l'équité procédurale. Par exemple, si le par. 27(3) a été invoqué à tort ou s'il s'agissait d'un manquement à une simple formalité de la loi, le juge chargé de la révision devra décider si l'erreur ou le manquement à une formalité a rendu la décision inéquitable sur le plan procédural.

E. *Légalité de la privation de liberté*

[91] Je le répète, le bref d'*habeas corpus* est décerné lorsque (1) le demandeur a été privé de sa liberté, et (2) cette privation de liberté était illégale. Nul n'a contesté le fait que le transfèrement de M. Khela à l'Établissement Kent constituait une privation de sa liberté. Cependant, les parties ne s'entendent pas sur la légalité de la privation.

[92] Il ressort clairement de l'examen du dossier que, lorsqu'elle a décidé le transfèrement, la directrice a pris en compte des renseignements qui n'ont pas été communiqués à M. Khela. Elle ne lui a pas non plus communiqué un sommaire satisfaisant des renseignements manquants. Le refus de communiquer ces renseignements n'était pas justifié aux termes du par. 27(3). Par conséquent, la décision de la directrice ne satisfaisait pas aux exigences législatives en matière d'équité procédurale.

[93] En l'espèce, la juge saisie de la demande a relevé que la directrice avait omis de communiquer des renseignements au sujet de la fiabilité des sources (par. 47), le détail des déclarations faites par les sources (par. 51) ainsi que la matrice de notation sur laquelle était fondée la cote de sécurité de M. Khela (par. 56). La juge a estimé que l'omission de communiquer ces renseignements avait rendu la décision non équitable sur le plan procédural (par. 59). Je souscris à cette conclusion.

[94] Les déclarations faites par les sources et les renseignements relatifs à la fiabilité des sources auraient dû être communiqués à M. Khela. Les appelants plaignent que les renseignements relatifs à la fiabilité des sources et des détails importants

the incident that led to Mr. Khela's transfer were in fact disclosed. The only information in the Assessment regarding the sources was that "[s]ource information was received by the Security Intelligence Department implicating Mr. Khela as the contractor for the stabbing assault" in October 2009 and January 2010, and that "three separate and distinct sources" implicated Mr. Khela in the incidents which led up to his transfer. The Assessment also states that the information so received "corroborates previous claims and lends credence to [existing] suspicions". These statements do not provide Mr. Khela with enough information to know the case to be met. It is unclear from the Assessment what each of the three separate and distinct sources said, or why the new information "corroborated" previous claims. Vague statements regarding source information and corroboration do not satisfy the statutory requirement that all the information to be considered, or a summary of that information, be disclosed to the inmate within a reasonable time before the decision is taken.

[95] Although some of this information may have been justifiably withheld under s. 27(3) of the *CCRA*, the appellants did not invoke s. 27(3) or lead any evidence (including a sealed affidavit) to suggest that their withholding of information related to concerns arising from the interests protected by s. 27(3). If s. 27(3) is never invoked, pled, or proven, there is no basis for this Court to find that the Warden was justified in withholding information that was considered in the transfer decision from the inmate.

[96] Further, I agree with the determination of the application judge and the Court of Appeal that the Warden's failure to disclose the scoring matrix for the SRS was procedurally unfair. The appellants argue that the courts below should not have taken issue with the Warden's failure to disclose the scoring matrix, because, unlike in *May*, the decision to transfer Mr. Khela was not based on the SRS

de l'incident qui ont mené au transfèrement de M. Khela ont effectivement été communiqués. Cependant, dans le cas des sources, l'évaluation mentionnait seulement que, en octobre 2009 et en janvier 2010, [TRADUCTION] « [l]e Service du renseignement de sécurité a reçu des renseignements selon lesquels M. Khela avait commandé l'agression au couteau » et que « trois sources différentes » avaient impliqué M. Khela dans les incidents ayant mené à son transfèrement. Il était aussi indiqué dans l'évaluation que les renseignements ainsi obtenus « corroborent des déclarations antérieures et ajoutent foi aux soupçons ». Ces déclarations n'informent pas suffisamment M. Khela de la preuve qui pèse contre lui. L'évaluation n'indique pas clairement ce que chacune des trois sources distinctes a dit, ou la raison pour laquelle les renseignements reçus plus tard « corroborent » des déclarations antérieures. De vagues déclarations relatives à l'obtention de renseignements d'une source et à la corroboration ne satisfont pas à l'exigence prescrite par la loi de communiquer au détenu, dans un délai raisonnable avant la prise de décision, tous les renseignements entrant en ligne de compte dans la décision ou un sommaire de ceux-ci.

[95] Il est possible que les appelants auraient pu refuser à juste titre, aux termes du par. 27(3) de la *LSCMLC*, de communiquer certains de ces renseignements, mais ils n'ont pas invoqué le par. 27(3) ni présenté aucune preuve (y compris un affidavit scellé) indiquant que le refus de cette communication visait à protéger les intérêts mentionnés au par. 27(3). Si ce paragraphe n'est jamais invoqué, ou plaidé avec preuve à l'appui, rien ne permet à la Cour de conclure que la directrice a eu raison de refuser au détenu la communication des renseignements pris en compte dans sa décision de le transférer.

[96] De plus, je conviens avec le juge saisi de la demande et la Cour d'appel qu'il était inéquitable sur le plan procédural que la directrice ne communique pas la matrice de notation qui sous-tend l'ÉRNS. Les appelants plaident que les tribunaux inférieurs n'auraient pas dû traiter du refus de la directrice de communiquer la matrice de notation car, contrairement à la situation dans *May*, la

alone, given that the Commissioner overrode the security classification. Whether the decision was based on that scale alone is irrelevant, however. What is instead of concern is whether the Warden *considered* the scoring matrix, on which the SRS calculation was based, in taking her decision (s. 27).

[97] An override of the SRS calculation does not eliminate the Warden's obligation to disclose the scoring matrix. The scoring matrix is used to calculate the inmate's security classification. That classification is then reviewed and can be overridden. Even if it is overridden, however, the security classification (and thereby, indirectly, the scoring matrix) is nonetheless "considered" within the meaning of s. 27 of the *CCRA*. The Warden or the Commissioner must review the calculation before it can be overridden. Without access to the scoring matrix and information on the methodology used to calculate the total score, Mr. Khela was not in a position to challenge the information relied upon for the calculation or the method by which the total score was arrived at, and therefore could not properly challenge the override decision.

[98] To be lawful, a decision to transfer an inmate to a higher security penitentiary must, among other requirements, be procedurally fair. To ensure that it is, the correctional authorities must meet the statutory disclosure requirements. In this case, these statutory requirements were not met, and the decision to transfer Mr. Khela from Mission Institution to Kent Institution was therefore unlawful. The British Columbia Supreme Court properly granted *habeas corpus*. Mr. Khela was properly returned to a medium security institution (C.A., at para. 95).

VI. Conclusion

[99] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal without costs. The original transfer decision was unlawful. However, Mr. Khela is now

décision de transférer M. Khela ne reposait pas seulement sur l'ÉRNS puisque le commissaire avait écarté la cote de sécurité. Cependant, la question de savoir si la décision reposait uniquement sur cette échelle n'est pas pertinente. La question consistait plutôt à déterminer si la directrice avait *pris en ligne de compte*, dans sa décision, la matrice de notation qui permet d'appliquer l'ÉRNS (art. 27).

[97] Le fait de modifier le résultat obtenu au moyen de l'ÉRNS n'élimine pas l'obligation faite à la directrice de communiquer la matrice de notation. Cette matrice permet de calculer la cote de sécurité du détenu. Cette cote est alors examinée et peut être écartée. Cependant, même si elle est écartée, la cote de sécurité (et, indirectement, la matrice de notation) est quand même « prise [...] en ligne de compte » au sens de l'art. 27 de la *LSCMLC*. Le directeur ou le commissaire doit examiner le résultat avant de l'écarter. Sans la matrice de notation et les renseignements relatifs à la méthode utilisée pour calculer la note totale, M. Khela ne possédait aucun moyen de contester les renseignements sur lesquels reposait le calcul ou la façon d'établir la note totale. En conséquence, il ne pouvait contester efficacement la décision d'écarter la cote de sécurité.

[98] Une décision de transférer un détenu dans un pénitencier à sécurité plus élevée n'est légale que si, entre autres exigences, elle est équitable sur le plan procédural. Pour qu'elle le soit, les autorités correctionnelles doivent satisfaire aux exigences prévues par la loi en matière de communication. En l'espèce, ces exigences n'ont pas été respectées et la décision de transférer M. Khela de l'Établissement de Mission à l'Établissement Kent était en conséquence illégale. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a donc eu raison d'accueillir la demande d'*habeas corpus*. Monsieur Khela a été valablement renvoyé dans un établissement à sécurité moyenne (C.A., par. 95).

VI. Conclusion

[99] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens. La décision initiale relative au transfèrement était illégale.

lawfully incarcerated in Kent Institution and is not, therefore, to be returned to a medium security facility at this time.

Appeal dismissed without costs.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Ottawa and Vancouver.

Solicitors for the respondent: Conroy & Company, Abbotsford.

Solicitor for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada: Queen's University, Kingston.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: University of British Columbia, Vancouver.

Monsieur Khela est toutefois maintenant légalement détenu à l'Établissement Kent et ne peut en conséquence être renvoyé pour le moment dans un établissement à sécurité moyenne.

Pourvoi rejeté sans dépens.

Procureur des appelants : Procureur général du Canada, Ottawa et Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Conroy & Company, Abbotsford.

Procureur des intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada : Université Queen's, Kingston.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : University of British Columbia, Vancouver.