

A-841-91

A-841-91

Gayle Kathleen Horii (*Appellant*) (*Plaintiff*)Gayle Kathleen Horii (*appelante*) (*demanderesse*)

v.

c.

Her Majesty the Queen, the Attorney General of Canada, the Solicitor General of Canada, the Commissioner of Corrections, the Deputy Commissioner of Corrections (Pacific), the Institutional Head of Matsqui Institution, the Institutional Head of Ferndale Institution (*Respondents*) (*Defendants*)

<sup>a</sup> Sa Majesté La Reine, le Procureur général du Canada, le Solliciteur général du Canada, le Commissaire aux Services correctionnels, le Sous-Commissaire aux Services correctionnels (Pacific), le directeur de l'Établissement de Matsqui, le directeur de l'établissement de Ferndale (*intimés*) (*défendeurs*)

INDEXED AS: *HORII v. CANADA (C.A.)*RÉPERTORIÉ: *HORII c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Hugessen and Desjardins J.J.A.—Ottawa, August 29 and September 5, 1991.

<sup>c</sup> Cour d'appel, juges Heald, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 29 août et 5 septembre 1991.

*Penitentiaries — Appeal from dismissal of application for interlocutory injunction preventing convict's involuntary transfer from Matsqui Institution to provincial women's prison at Burnaby, B.C. — Appellant serving life sentence of imprisonment — Only female inmate at Matsqui — Halfway through university degree program within institution — Program unavailable at Burnaby — Commencing action in Trial Division for declaratory and other relief alleging discrimination based on sex — Applying for interlocutory injunction when transfer date imminent — Trial Judge, in denying application, not applying tripartite test in Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd. — Allegation involuntary transfer solely because woman raising serious issue to be tried — Inability to continue studies irreparable harm not compensable in damages — Balance of convenience favouring maintenance of status quo as administrative problems of having female convict at Matsqui largely overcome.*

<sup>d</sup> *Pénitenciers — Appel contre le rejet d'une demande d'injonction interlocutoire visant à empêcher le transfèrement non sollicité de la détenue de l'établissement de Matsqui à la prison provinciale pour femmes de Burnaby (C.-B.) — L'appelante purge une peine d'emprisonnement à perpétuité — Seule femme détenue à Matsqui — À mi-chemin du programme universitaire offert dans l'établissement — Programme non offert à Burnaby — Action intentée devant la Section de première instance aux fins d'obtenir un jugement déclaratoire et autre réparation au motif de discrimination fondée sur le sexe — Demande d'injonction interlocutoire à l'approche de la date du transfèrement — Le juge de première instance, en rejetant la demande, n'a pas appliqué le critère à trois volets énoncé dans l'arrêt Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd. — L'allégation que l'appelante risque d'être transférée contre son gré seulement parce qu'elle est une femme soulève une question sérieuse à juger — L'incapacité pour l'appelante de poursuivre ses cours constitue un préjudice irréparable qui ne pourrait être compensé par des dommages-intérêts — La prépondérance des inconvénients favorise le maintien de la situation actuelle puisque les inconvénients administratifs entraînés par la présence d'une détenue à Matsqui ont été en grande partie surmontés.*

*Judicial review — Equitable remedies — Injunctions — Penitentiaries — Transfer to provincial institution, because sole female inmate at Matsqui Institution precluding continuation of university studies — Action for declaratory and other relief alleging discrimination based on sex — Trial Judge denying interlocutory injunction as (1) Court should not interfere with daily operation of institutions; (2) matters in state of flux (original concern transfer to maximum security proved unfounded); (3) harm speculative as in future; and (4) constitutional questions should not be decided on interlocutory application — Appeal allowed — (1) Whether unfavourable treatment based on sex part of daily operation of institution irrelevant to injunction application — (2) That one of appellant's concerns unfounded not reason to dismiss others as groundless — Uncontradicted evidence university courses unavailable at*

<sup>e</sup> *Contrôle judiciaire — Recours en equity — Injunctions — Pénitenciers — Si l'appelante est transférée dans un établissement provincial au motif qu'elle est la seule femme détenue à l'Établissement de Matsqui, elle ne pourra poursuivre ses études universitaires — Action aux fins d'obtenir un jugement déclaratoire et autre réparation au motif de discrimination fondée sur le sexe — Le juge de première instance a refusé la demande d'injonction interlocutoire car (1) la Cour ne devrait pas intervenir dans la direction courante des établissements; (2) la situation évolue encore (certaines des préoccupations initiales relativement au transfèrement dans un établissement à sécurité maximale se sont révélées non fondées); (3) le préjudice est conjectural parce qu'il se situe dans le futur; et (4) les questions constitutionnelles ne doivent pas être tranchées dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire — Appel*

provincial institution — (3) Harm not speculative because in future — Need not wait for damage to occur before seeking injunction, purpose of which to prevent harm — Likelihood of harm important — (4) Application not attacking constitutionality of legislation but respondent's proposed actions — Trial Judge failing to apply test in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*

Practice — Judgments and orders — Trial Judge orally dismissing interlocutory injunction application without endorsing record or filing document to that effect — Creating problem for parties as no judgment to appeal from — Duty of presiding judge to pronounce judgment by separate document (R. 337(2)(a)) or by endorsing it on record (R. 337(7)).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 747.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 337(2),(7).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

##### REFERRED TO:

*Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 3 F.C. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.); *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).

#### COUNSEL:

*John W. Conroy* for appellant (plaintiff).

*Mary A. Humphries* for respondents (defendants).

accueilli — (1) Qu'un traitement défavorable pour un motif fondé sur le sexe se soit produit dans le contexte de la direction courante de l'établissement n'a aucune incidence sur la demande d'injonction interlocutoire — (2) Le fait que l'une des préoccupations de l'appelante se soit révélée non fondée ne permet pas de rejeter les autres au motif qu'elles seront également sans fondement — Preuve non contredite que les cours universitaires ne seraient pas offerts dans l'établissement provincial — (3) Le fait que le préjudice se situe dans le futur ne le rend pas conjectural — Pas besoin d'attendre de subir le préjudice avant de demander une injonction, dont l'objet est d'empêcher le préjudice — Importance de la vraisemblance de préjudice — (4) La demande n'attaque pas la constitutionnalité d'une disposition législative, mais les mesures que se proposent de prendre les intimés — Le juge de première instance n'a pas tenu compte du critère énoncé dans *l'arrêt Manitoba (Procureur Général) c. Metropolitan Stores Ltd.*

Pratique — Jugements et ordonnances — Le juge de première instance a rejeté à l'audience la demande d'injonction interlocutoire sans inscrire son jugement sur un document du dossier ou déposer un document à cet effet — Source de difficulté pour les parties puisqu'il n'y avait pas de jugement à porter en appel — Obligation du juge président de prononcer le jugement dans un document distinct (Règle 337(2)a) ou de l'inscrire sur un document du dossier (Règle 337(7)).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 747.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 337(2),(7).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Yri-York Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 3 C.F. 186; (1988), 30 Admin. L.R. 1; 16 F.T.R. 319; 83 N.R. 195 (C.A.); *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451; (1989), 22 C.I.P.R. 172; 24 C.P.R. (3d) 1; 91 N.R. 341 (C.A.).

#### AVOCATS:

*John W. Conroy* pour l'appelante (demanderesse).

*Mary A. Humphries* pour les intimés (défendeurs).

## SOLICITORS:

*Conroy & Company*, Abbotsford, B.C., for appellant (plaintiff).  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents (defendants).<sup>a</sup>

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HUGESSEN J.A.: This is an appeal from a decision of the Associate Chief Justice [T-1435-91] announced from the bench on July 24, 1991, but only formally pronounced and entered on August 13, 1991. By the order under appeal the Associate Chief Justice dismissed the appellant's application for an interlocutory injunction.<sup>b</sup>

The appellant is serving a life term for second degree murder. Under the terms of her sentence she will not be eligible for parole until February 27, 1996. By the operation of section 747 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] she cannot be paroled before that date and cannot be granted an absence without escort or day parole prior to February 27, 1993. Even absences under escort prior to that date require the approval of the National Parole Board.<sup>c</sup>

For a little more than two and a half years, since February, 1989, the appellant has been serving her sentence at Matsqui Institution in British Columbia. Matsqui is normally a men's prison but it is not unheard of for women from the British Columbia area to serve some part of their time there. The appellant's situation is thus exceptional but not unique.<sup>d</sup> She is housed in the hospital area of the prison and, apart from a curtain covering the outside window of her cell door, no special physical disposition has been required to accommodate her. There is evidence, however, that the presence of a woman inmate in a male institution has caused some difficulties to the authorities from the point of view of supervision and security. While she is presently the only woman prisoner in Matsqui, she is, by no means, the only woman on the site since the institution's staff is made up of members of both sexes.<sup>e</sup>

## PROCUREURS:

*Conroy & Company*, Abbotsford, C.-B., pour l'appelante (demanderesse).  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés (défendeurs).<sup>a</sup>

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel contre une décision du juge en chef adjoint [T-1435-91] annoncée à l'audience le 24 juillet 1991, mais officiellement prononcée et entérinée le 13 août 1991. Dans l'ordonnance visée par le présent appel, le juge en chef adjoint a rejeté la demande d'injonction interlocutoire de l'appelante.<sup>b</sup>

L'appelante purge une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre au deuxième degré. En vertu des conditions de sa peine, elle ne sera admissible à la libération conditionnelle que le 27 février 1996. Par l'effet de l'article 747 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46], elle ne peut bénéficier d'une libération conditionnelle avant cette date et il ne peut lui être accordé de sortie sans surveillance ni de semi-liberté avant le 27 février 1993. Même les sorties sous surveillance avant cette date doivent être approuvées par la Commission nationale des libérations conditionnelles.<sup>c</sup>

Depuis un peu plus de deux ans et demi, soit depuis février 1989, l'appelante purge sa peine à l'établissement de Matsqui en Colombie-Britannique. L'établissement de Matsqui est normalement une prison pour hommes, mais il arrive que des femmes de Colombie-Britannique y purgent une partie de leur peine. La situation de l'appelante est donc exceptionnelle, mais non unique. Elle est hébergée dans une partie de l'hôpital de la prison et, à part le rideau accroché à l'extérieur de la fenêtre de la porte de la cellule, aucune autre installation matérielle spéciale n'a été nécessaire pour l'accueillir. Toutefois, il existe des éléments de preuve que la présence d'une femme détenue dans un établissement pour hommes a posé certaines difficultés aux autorités du point de vue de la supervision et de la sécurité. Bien qu'elle soit actuellement la seule femme détenue à l'établissement de Matsqui, elle est loin d'être la seule femme sur les lieux puisque le personnel de l'établissement est mixte.<sup>d</sup>

While at Matsqui, the appellant has benefited fully and with outstanding success from the university program offered within the institution by Simon Fraser University. This program involves classes given in the institution with personal interaction between professors and students. The appellant has been the highest achiever in that program and has won four awards for highest grades. She has presently acquired sixty-seven credits towards the one hundred and thirty-two required for an honours degree in sociology.

On April 30, 1991, the appellant was notified that she was to be the subject of an involuntary transfer to the Burnaby Correctional Centre for Women, a provincial prison. She objected to the proposed transfer claiming among other things that the programs available to her at Matsqui, especially the university program, would not be available to her in the provincial facility. She grieved the proposed transfer on the basis that her privileges and access to programs would be impaired strictly because of her sex. The proposal to transfer her was maintained by the correctional authorities.

On May 31, 1991, the appellant launched an action in the Trial Division in which she sought declaratory relief, *mandamus* and injunction. On June 7, 1991, her transfer date being imminent, she applied for an interlocutory injunction to prevent her transfer into the provincial system until the action had come to trial. The Associate Chief Justice heard that application on July 24, 1991, and it is his judgment dismissing it which is the subject of the present appeal.

It is not apparent from a reading of the reasons of the Associate Chief Justice that he had applied his mind to the now classic tripartite test for the granting of interlocutory injunctions. That test was authoritatively enunciated by the Supreme Court of Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores*

Depuis qu'elle est à Matsqui, l'appelante a bénéficié pleinement et avec un succès remarquable du programme universitaire offert aux détenus par l'université Simon Fraser. Ce programme comprend des cours donnés au sein même de l'établissement avec rapports personnels entre les professeurs et les étudiants. L'appelante a été la meilleure étudiante du programme et s'est méritée quatre prix pour les meilleures notes. Elle possède actuellement soixante-sept des cent trente-deux crédits requis pour obtenir un baccalauréat spécialisé en sociologie.

Le 30 avril 1991, l'appelante a été avisée qu'elle devait faire l'objet d'un transfèrement non sollicité au Centre correctionnel pour femmes de Burnaby, une prison provinciale. Elle s'est opposée au transfèrement notamment au motif qu'elle ne pourrait plus bénéficier au sein de l'établissement provincial des programmes qui lui sont offerts à Matsqui, et en particulier du programme universitaire. Elle s'est plainte du transfèrement proposé parce que, en raison de son sexe seulement, il serait grandement porté atteinte aux privilèges et à l'accès aux programmes dont elle bénéficie actuellement. Les autorités de l'établissement ont maintenu le transfèrement proposé.

Le 31 mai 1991, l'appelante a intenté une action devant la Section de première instance aux fins d'obtenir un jugement déclaratoire, un bref de *mandamus* et une injonction. Le 7 juin 1991, à l'approche de la date de son transfèrement, elle a fait une demande d'injonction interlocutoire visant à empêcher son transfèrement à l'intérieur du système provincial jusqu'à l'audition de l'affaire. Le juge en chef adjoint a entendu la requête le 24 juillet 1991 et l'a rejetée; c'est cette décision qui fait actuellement l'objet du présent appel.

À la lecture des motifs du juge en chef adjoint, il n'appert pas qu'il avait à l'esprit le critère, maintenant classique, à trois volets applicable lorsqu'il s'agit de décider s'il faut accorder une injonction interlocutoire. Ces critères ont été énoncés avec autorité par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt

*Ltd.*<sup>1</sup>. It has subsequently been commented on and applied on a number of occasions in this Court of which *Yri-York Ltd. v. Canada (Attorney General)*<sup>2</sup> and *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*<sup>3</sup> are but examples. Briefly stated the three branches of the test are:

- 1) Has the applicant demonstrated that there is a serious issue to be tried?
- 2) Will the applicant suffer irreparable harm if an injunction is not granted?
- 3) Will the harm to the respondent or to the public interest in the event that an injunction is granted outweigh the harm to the applicant (the "balance of convenience")?

As I read the Associate Chief Justice's reasons, he found four grounds for refusing the injunction.

In the first place, he indicated that the Court should not be involved in "running these institutions on a day to day basis" (reasons, page 2). That sentiment, while no doubt quite proper in its place, seems to me to be quite irrelevant to the question as to whether or not an injunction should be granted. The Judge had before him an application alleging that the applicant was receiving differential and unfavourable treatment because of her sex. Whether this happened as a part of the day-to-day running of the institution or was some exceptional event has really no bearing on the matter.

Secondly, the Judge indicated that it would be improper for the Court "to enter into these matters when they are still in a state of flux" (reasons, page 3). In this, he was referring to the fact that the material before him showed that some of the concerns originally expressed by the appellant in grieving the proposed transfer had been resolved. In particular, the appellant had been given to understand, at first, that she was to be transferred into maximum security at the Burnaby Correctional Centre for Women. That would indeed have been a major blow since Matsqui is a medium security institution and the appellant her-

*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*<sup>1</sup>. Notre Cour a par la suite commenté et appliqué ces critères à un certain nombre de reprises, notamment, à titre d'exemple, dans les arrêts *Yri-York Ltd. c. Canada (Procureur général)*<sup>2</sup> et *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*<sup>3</sup>. Voici en bref quels sont ces critères:

- 1) La partie requérante a-t-elle démontré l'existence d'une question sérieuse à juger?
- 2) La partie requérante subira-t-elle un préjudice irréparable si l'injonction n'est pas accordée?
- 3) Si l'injonction n'est pas accordée, le préjudice subi par la partie requérante sera-t-il plus important que celui de la partie intimée ou de l'intérêt public («la prépondérance des inconvénients»)?

Selon l'interprétation que je donne aux motifs du juge en chef adjoint, il s'est fondé sur quatre motifs pour refuser l'injonction.

Premièrement, il a indiqué que la Cour ne devrait pas participer à [TRADUCTION] «la direction de ces établissements d'une façon courante» (motifs, à la page 2). Ce sentiment, si juste soit-il à sa place, me semble fort peu à propos quant à savoir si une injonction devait être accordée. Le juge était saisi d'une demande alléguant que la requérante recevait un traitement différent et défavorable à cause de son sexe. Que cela se soit produit dans le contexte de la direction courante de l'établissement ou qu'il s'agisse d'un événement exceptionnel n'a aucune incidence sur la question.

Deuxièmement, le juge a indiqué qu'il ne convenait pas que la Cour [TRADUCTION] «s'ingère dans ces affaires lorsque la situation évolue encore» (motifs, à la page 3). Il faisait alors allusion au fait que le dossier révélait que certaines des préoccupations initialement exprimées par l'appelante dans la plainte relativement au transfèrement avaient été résolues. Plus particulièrement, on avait initialement laissé entendre à l'appelante qu'elle allait être transférée dans un établissement à sécurité maximale au Centre correctionnel pour femmes de Burnaby. Ce qui aurait été tout un malheur puisque l'établissement de Matsqui est un

<sup>1</sup> [1987] 1 S.C.R. 110.

<sup>2</sup> [1988] 3 F.C. 186 (C.A.).

<sup>3</sup> [1989] 2 F.C. 451 (C.A.).

<sup>1</sup> [1987] 1 R.C.S. 110.

<sup>2</sup> [1988] 3 C.F. 186 (C.A.).

<sup>3</sup> [1989] 2 C.F. 451 (C.A.).

self is recognized by the federal authorities to be a very low security risk, qualifying for admission to a minimum security facility. In fact, the appellant's concerns in this regard, although entirely justified by what she had been told by the authorities, turned out to be unfounded. The transfer, if it takes place, will be to the minimum security section at Burnaby.

The fact, however, that one of the appellant's major concerns turned out to be unfounded gives no reason for saying that the others are or are likely to be equally groundless. Indeed, the material before the Judge was clear and uncontradicted that the Simon Fraser University courses which were being given in classes conducted by professors coming to Matsqui Institution were not available at Burnaby and that the most she could hope for there was correspondence courses, probably from other institutions of learning.

The third ground invoked by the Judge was stated by him as follows:

The basis of the application is the fear that when the transfer is completed, the Applicant's rights will be prejudiced. That is a future event and it is a speculative fear. It is as counsel calls it, a gamble. Why should she be asked to gamble on her charter of rights? But if it remains that the simple answer in terms of law or this kind of application is that if she is in fact gambling, if it is speculation, if it is a future event, then it is premature to grant the relief sought.

(reasons, page 5)

This is manifestly wrong. The fact that the harm sought to be avoided is in the future does not make it speculative. An applicant for an injunction does not have to wait for the damage to occur before seeking relief. In fact, the principal purpose of an interlocutory injunction is to prevent threatened harm before it happens. It is the likelihood of harm, not its futurity, which is the touchstone.

Finally, the Judge said:

The basis of the relief sought is that the charter rights of this Applicant will be offended by the transfer. Clearly charter rights, charter cases, constitutional law and emergency reme-

établissement à sécurité moyenne et que les autorités fédérales considèrent que l'appelante présente un risque très peu élevé du point de vue de la sécurité, pouvant être admise dans un établissement à sécurité minimale. En fait, les préoccupations de l'appelante à cet égard, quoique entièrement justifiées par ce que lui avaient dit les autorités, se sont révélées non fondées. L'appelante serait plutôt transférée dans une section à sécurité minimale de Burnaby.

Toutefois, le fait que l'une des principales préoccupations de l'appelante se soit révélée non fondée ne permet pas d'affirmer que les autres préoccupations sont ou seront vraisemblablement également sans fondement. En fait, selon les documents que le juge avait entre les mains, il était évident que les cours offerts par l'université Simon Fraser, donnés par des professeurs se rendant à l'établissement de Matsqui, ne le seraient pas à Burnaby et que l'appelante pouvait tout au mieux espérer suivre des cours par correspondance, probablement offerts par d'autres établissements d'enseignement.

Voici le troisième motif invoqué par le juge:

Le fondement de la demande est la crainte qu'il aura été porté atteinte aux droits de la requérante une fois le transfèrement effectué. Il s'agit là d'un événement futur et d'une crainte conjecturale. Comme l'a dit l'avocat, c'est un jeu de hasard. Pourquoi devrait-on demander à la requérante de jouer sur ses droits garantis par la Charte? Toutefois, s'il demeure que la simple réponse en termes juridique ou que la requérante, dans ce genre de demande, joue au hasard, s'il s'agit d'une conjecture, s'il s'agit d'un événement futur, alors il est prématuré d'accorder la mesure de redressement demandée.

(motifs, à la page 5)

Cette affirmation est de toute évidence erronée. Le fait que le préjudice que l'on tente d'éviter se situe dans le futur ne le rend pas conjectural pour autant. L'auteur d'une demande d'injonction n'a pas besoin d'attendre de subir le préjudice avant de demander le redressement. En fait, une injonction interlocutoire vise principalement à empêcher la menace de préjudice de se réaliser. Le critère est la vraisemblance du préjudice et non son caractère futur.

Enfin, le juge a affirmé:

Le fondement du redressement recherché est qu'il y aura, en cas de transfèrement, violation des droits garantis à la requérante par la Charte de droits. De toute évidence, les droits

dies don't go hand in hand very comfortably. Constitutional questions should be settled in the comprehensive atmosphere of a trial where both facts and the law are argued very fully. Constitutional questions should not be decided unless absolutely necessary in the more urgent and foreshortened proceeding of an interlocutory application which is what this is.

(reasons, pages 6 and 7)

While it is, of course, the case that constitutional questions, like any other disputed issue of law or fact, should not be finally decided on interlocutory applications, the whole burden of the discussion of the Supreme Court in the *Metropolitan Stores* case *supra* was as to the proper approach to be taken by the Court where an interlocutory injunction is sought on the basis of an attack on the constitutionality of legislation. The present application, however, is not such a case: it is the appellant's contention that the respondents' proposed actions, rather than any legislation, are going to cause her damage. The fact that the alleged Charter breach is by public authorities acting in what they conceive to be the public interest is certainly a factor to be considered in weighing the balance of convenience, but that is a very different thing from suggesting, as the Judge seems to in the passage quoted, that Charter rights are not eligible to be protected by interlocutory injunction.

As I have indicated earlier, it does not appear that the Associate Chief Justice had to mind the classic tripartite test. In my view, if he had applied that test to the undisputed facts as revealed in the material before him, he would necessarily have concluded as follows:

1) If the appellant was not a woman she would not, as a matter of longstanding correctional service policy, be transferred into a provincial institution without her consent. She is now threatened with such a transfer against her will solely because she is a woman. That raises a serious issue to be tried.

2) At Matsqui the appellant has been following, with outstanding success, university courses organized

garantis par la Charte, les questions fondées sur la Charte, le droit constitutionnel et les redressements extraordinaires ne vont pas très bien ensemble. Les questions constitutionnelles devraient être réglées dans le contexte global d'un procès au cours duquel les faits et les questions de droit sont analysés à fond. Les questions constitutionnelles ne devraient pas être tranchées sauf dans les cas où il est absolument nécessaire de le faire dans les procédures les plus urgentes et abrégées d'une demande d'injonction interlocutoire comme en l'espèce.

(motifs, pages 6 et 7)

Bien que les questions constitutionnelles, comme toute autre question de fait ou de droit contestée, ne doivent pas faire l'objet d'une décision définitive dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire, toute l'analyse de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Metropolitan Stores*, précité, portait sur la façon dont le tribunal doit procéder lorsque la demande d'injonction interlocutoire soulève la constitutionnalité d'une disposition législative. Toutefois, la présente demande n'est pas de cette nature: l'appellante prétend que les mesures que se proposent de prendre les intimés, et non une disposition législative, vont lui causer un préjudice. Le fait que la violation de la Charte serait commise par des autorités publiques agissant dans ce qu'elles estiment être l'intérêt public constitue certainement un facteur dont il faut tenir compte dans la détermination de la prépondérance des inconvénients; toutefois, c'est une toute autre chose d'affirmer, comme semble le faire le juge dans le passage cité, que les droits garantis par la Charte ne peuvent être protégés par une injonction interlocutoire.

Comme je l'ai déjà indiqué, le juge en chef adjoint ne paraît pas avoir tenu compte du critère classique à trois volets. À mon avis, s'il avait appliqué ce critère aux faits non contestés selon les documents qu'il avait devant lui, il serait nécessairement arrivé aux conclusions suivantes:

1) Si l'appellante n'était une femme elle ne serait pas, en vertu d'une politique longuement établie des services correctionnels, transférée dans un établissement provincial sans son consentement. Elle risque maintenant d'être transférée contre sa volonté seulement parce qu'elle est une femme. Ce qui soulève une question sérieuse à juger.

2) À Matsqui, l'appellante a suivi, avec un succès remarquable, des cours universitaires organisés et

and given by Simon Fraser University in classrooms in the institution. She is presently more than halfway to an honours degree. If transferred to Burnaby, she would only be able to follow university courses by correspondence. The loss to her is immeasurable and will not be compensable by damages.<sup>4</sup> That is irreparable harm.

3) The appellant has presently been at Matsqui for more than two and a half years. While her presence has no doubt caused the authorities some administrative inconvenience they have, to their credit, overcome it. In those circumstances, the balance of convenience clearly favours the maintenance of the *status quo* by leaving her where she is. History has demonstrated that whatever damage may be caused to the public interest by leaving her in an institution primarily designed for men is relatively insignificant and has been adequately coped with to date.

That, as it seems to me, is the end of the matter.

One other point calls for comment. I draw attention to it because it seems, regrettably, not to be an isolated instance. As I have indicated, the reasons for judgment herein were given orally July 24, 1991. Towards the end of those reasons the Judge said: "Accordingly, for reasons given orally from the Bench, this application is dismissed." He did not, however, as he should have, endorse the record or otherwise file a document to that effect. This was the source of considerable difficulty for the parties. The appellant wished to file a notice of appeal but was unable to do so since there was no judgment to appeal from. The respondents, for their part, knew that they had won in first instance but could not tell whether or when the matter was to be carried further. Appellant's counsel was put to unseemly and unnecessary difficulty in having the registry track down the

<sup>4</sup> The Judge himself seems to have recognized this. In a passage towards the conclusion of his reasons he said:

This Applicant has been encouraged to commence and is in the middle of pursuing a degree at Simon Fraser University. It would be loathsome in the extreme, in my opinion, if anything were to happen to prejudice that opportunity.

(reasons, page 8)

offerts par l'université Simon Fraser. Elle a actuellement terminé plus de la moitié des cours menant à un baccalauréat spécialisé. Si elle est transférée à Burnaby, elle ne pourrait suivre que des cours par correspondance. Pour elle, ce serait une perte non quantifiable, qui ne pourrait être compensée par des dommages-intérêts<sup>4</sup>. Ce serait là un préjudice irréparable.

3) L'appelante est à Matsqui depuis plus de deux ans et demi. Bien que sa présence ait sans aucun doute causé aux autorités certains inconvénients administratifs, elles les ont, à leur honneur, surmontés. Dans ces circonstances, la prépondérance des inconvénients favorise nettement le maintien de la situation actuelle. Les faits démontrent que le préjudice qui pourrait être causé à l'intérêt public par la présence de l'appelante dans un établissement principalement conçu pour des hommes est relativement peu important et que l'on a pris les mesures appropriées jusqu'à maintenant.

Il me semble donc que la question a été vidée.

Un autre point doit donner lieu à des commentaires. Je le mentionne car il semble, malheureusement, ne pas s'agir d'un cas isolé. Comme je l'ai indiqué, les motifs de jugement ont été prononcés à l'audience le 24 juillet 1991. À la fin de ces motifs, le juge dit: «En conséquence, pour les motifs prononcés à l'audience, la demande est rejetée.» Il n'a pas toutefois, comme il l'aurait dû, inscrit son jugement sur un document du dossier ou déposé un document à cet effet. Ce qui a constitué une source de difficultés considérables pour les parties. L'appelante désirait déposer un avis d'appel, mais ne pouvait le faire puisqu'il n'y avait pas de jugement à porter en appel. Quant aux intimés, ils savaient qu'ils avaient eu gain de cause en première instance, mais ne pouvaient savoir si et quand l'affaire pouvait être portée en appel. L'avocat de l'appelante s'est trouvé dans la situation

<sup>4</sup> Le juge lui-même semble avoir reconnu cette situation. Dans un passage vers la fin de ses motifs, il dit:

On a incité la requérante à entreprendre ce cours et elle en est à mi-chemin dans l'obtention de son diplôme à l'université Simon Fraser. À mon avis, il serait extrêmement répugnant si quelque chose devait l'empêcher d'atteindre son but.

(motifs, à la page 8)



Judge during the summer vacation so that he could sign the necessary order.

The relevant provisions are Rules 337(2) and (7) (*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]:

*Rule 337. ...*

(2) When the Court has reached a conclusion as to the judgment to be pronounced, it shall, in addition to giving reasons for judgment, if any,

(a) by a separate document signed by the presiding judge, pronounce the judgment (Form 14); or

(b) at the end of the reasons therefor, if any, and otherwise by a special declaration of its conclusion, which may be given orally from the bench or by a document deposited in the Registry, indicate that one of the parties (usually the successful party) may prepare a draft of an appropriate judgment to implement the Court's conclusion and move for judgment accordingly (which motion will usually be made under Rule 324.)

(7) This Rule applies, with necessary changes, to the pronouncement of interlocutory judgments or orders by the Court, a judge or a prothonotary except that, in any such case, a judgment or order under paragraph (2)(a) need not be made by a separate document but may be endorsed by the presiding judge or the prothonotary, as the case may be, on the notice of motion or some other convenient document on the Court file.

This was not a case to which the provisions of paragraph 337(2)(b) apply; the procedure under that paragraph is, in any event, reserved for "special" cases, usually where the formal judgment requires some detailed recitals or calculations. Since the application was of an interlocutory nature, the relevant provisions are paragraph 337(2)(a) and Rule 337(7). The "shall" of Rule 337(2) is mandatory.

It would have been simplicity itself for the Judge to have written out and signed the appropriate order either by a "separate document" (Rule 337(2)(a)), or by endorsing it on the record (337(7)). It was his duty to do one or the other.

I would allow the appeal, set aside the order appealed from and substitute therefor an order

à la fois inconvenante et inutile de devoir demander au greffe de retracer le juge pendant les vacances d'été pour qu'il puisse signer l'ordonnance nécessaire.

Les dispositions pertinentes des Règles sont les paragraphes 337(2) et (7) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]:

*Règle 337. ...*

(2) Lorsque la Cour est arrivée à une décision sur le jugement à prononcer, elle doit, en plus de donner, le cas échéant, les motifs de son jugement,

a) prononcer le jugement (Formule 14) dans un document distinct signé par le juge président; ou

b) à la fin des motifs du jugement, s'il en est, et sinon par déclaration spéciale de sa conclusion, déclaration qui peut être faite oralement à l'audience ou par document déposé au greffe, indiquer que l'une des parties (habituellement la partie gagnante) peut préparer un projet de jugement approprié pour donner effet à la décision de la Cour et demander que ce jugement soit prononcé (requête qui sera habituellement faite en vertu de la Règle 324).

(7) La présente Règle s'applique, avec les modifications qui s'imposent, au prononcé des jugements ou ordonnances interlocutoires par la Cour, un juge ou un protonotaire, mais, en ce cas, un jugement ou une ordonnance en vertu de l'alinéa (2)a n'ont pas besoin d'être rendus sur un document distinct; ils peuvent être inscrits par le juge président, ou par le protonotaire, selon le cas, sur l'avis de requête ou sur quelque autre document du dossier de la Cour qui peut commodément servir à cette fin.

Il ne s'agit pas d'une affaire à laquelle s'applique l'alinéa 337(2)b); la procédure en vertu de cet alinéa ne vise que les cas de nature «spéciale», habituellement lorsque le jugement officiel nécessite un exposé détaillé ou des calculs. Puisqu'il s'agit d'une demande de jugement interlocutoire, les dispositions pertinentes sont l'alinéa 337(2)a) et le paragraphe 337(7). L'emploi du terme «doit» dans le paragraphe 337(2) indique une obligation.

Il aurait été simple pour le juge de rédiger et de signer l'ordonnance appropriée, que ce soit dans un «document distinct» (alinéa 337(2)a)) ou par inscription de cette ordonnance sur un document du dossier (paragraphe 337(7)). Il avait l'obligation de procéder d'une façon ou de l'autre.

Je suis d'avis d'accueillir le présent appel, d'annuler l'ordonnance dont appel et de la remplacer par

enjoining the respondents, or any of them, from transferring the appellant to the Burnaby Correctional Centre for Women without her consent pending final judgment herein. The appellant is entitled to her costs of the appeal, including any reasonable disbursements occasioned by the attendance of counsel at the hearing of this appeal at a special session in Ottawa.

une ordonnance qui interdit aux intimés, ou à l'un d'entre eux, de transférer l'appelante au Centre correctionnel pour femmes de Burnaby sans le consentement de celle-ci en attendant le jugement définitif dans la présente affaire. L'appelante a droit aux dépens afférents au présent appel, y compris les débours raisonnables entraînés par suite de la participation de l'avocat à l'audition du présent appel, lors d'une séance spéciale à Ottawa.

*a*

HEALD J.A.: I concur.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

DESIARDINS J.A.: I concur.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

*b*