

A-616-93

Attorney General of Canada and National Parole Board (Appellants) (Respondents)

v.

James Ralph Macinnis (Respondent) (Applicant)

INDEXED AS: MACINNIS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Décary and Robertson JJ.A.—Ottawa, February 3, 1994.

Judicial review — Appeal from direction application for judicial review proceed as action pursuant to Federal Court Act, s. 18.4(2) as involving complex legal issues, detailed factual information — Appeal allowed — S. 18.4(1), requiring application under s. 18.1 be heard, determined in summary way, general rule to be departed from only in “clearest of circumstances” — Recourse to s. 18.4(2) exception, permitting application for judicial review to proceed as action, only where affidavit evidence inadequate i.e. where viva voce evidence needed to assess demeanour, credibility of witnesses or to allow Court full appreciation of whole of evidence — Adequacy of affidavit evidence determined in light of Court’s role in judicial review proceedings — Charter issues treated same as other issues — Complexity of factual, legal issues, speculation trial evidence superior, time required to submit case, subjective desire for viva voce evidence, having day in court, irrelevant — Main consideration whether factual basis for deciding issues properly generated by affidavit evidence.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Convict challenging legality of proceedings adopted at 1991 National Parole Board hearing and proposed for use at 1993 hearing — Under R. 1602(4) notice of originating motion can concern single decision only — Application concerning 1991 decision out-of-time — No need to challenge 1991 decision as whether procedure illegal in 1991 or when 1993 hearing resuming, proper procedures will be followed.

This was an appeal from the Motion Judge’s direction that an application for judicial review filed under *Federal Court Act*, section 18.1 be treated and proceeded with as an action pursuant to subsection 18.4(2). The respondent, an inmate at

A-616-93

Procureur général du Canada et La Commission nationale des libérations conditionnelles (appellants) (intimés)

a

c.

James Ralph Macinnis (intimé) (requérant)

RÉPERTORIÉ: MACINNIS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Cour d’appel, juges Stone, Décary et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 3 février 1994.

c

Contrôle judiciaire — Appel d’une directive qu’une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme une action conformément à l’art. 18.4(2) pour le motif qu’elle comporte des questions de fait et de droit complexes — Appel accueilli — L’art. 18.4(1) requérant qu’il soit statué à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes présentées en vertu de l’art. 18.1, il ne faut s’écarter de la règle générale que lorsqu’on a des «motifs très clairs» — Le recours à l’art. 18.4(2), permettant d’instruire une demande de contrôle judiciaire comme si c’était une action, est exceptionnel et ne doit être utilisé que lorsque la preuve par affidavit n’est pas appropriée, c.-à-d. lorsqu’il faut obtenir une preuve de vive voix pour évaluer l’attitude et la crédibilité des témoins ou pour permettre à la Cour de saisir l’ensemble de la preuve — La Cour doit, en tenant compte du rôle qu’elle doit jouer dans les procédures de contrôle judiciaire, déterminer si la preuve présentée au moyen d’affidavits sera suffisante — Les litiges où la Charte est invoquée doivent être traités comme n’importe quel autre litige — La complexité des questions de droit et de faits, la possibilité que la preuve déposée lors d’un procès puisse être supérieure, le temps nécessaire pour présenter l’affaire de même que le désir d’une partie de déposer de vive voix et d’avoir son heure de gloire n’entrent pas en ligne de compte — La question principale est de déterminer si la preuve nécessaire pour trancher le litige peut être valablement produite par affidavit.

d

e

f

g

h

i

j

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Condamné contestant la légalité des procédures adoptées lors de l’audience tenue en 1991 par la Commission nationale des libérations conditionnelles et que cette dernière se proposait d’utiliser lors de l’audience de 1993 — En vertu de la Règle 1602(4), l’avis de requête introductive d’instance ne peut valoir que pour l’une des décisions seulement — La demande se rapportant à la décision de 1991 a été présentée en retard — Il n’y a aucune raison de contester la décision rendue en 1991, étant donné que, si l’on détermine que les procédures étaient illégales en 1991, ou qu’elles le sont à la reprise de l’audience de 1993, les procédures appropriées seront suivies.

Il s’agit d’un appel interjeté de la directive donnée par le juge des requêtes qu’une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* soit instruite comme une action conformément au paragraphe

Kingston Penitentiary, brought an application for a series of declarations regarding the legality of the procedure followed by the National Parole Board at his 1991 hearing and which the Board proposed to follow at his 1993 hearing. The grounds of attack were excess of jurisdiction and violation of the respondent's Charter, sections 7, 9 and 15 rights. After filing his application, the respondent applied for an order that his application be treated and proceeded with as an action. *Federal Court Act*, subsection 18.4(1) requires that an application under any of sections 18.1 to 18.3 be heard and determined in a summary way, but subsection 18.4(2) permits an application for judicial review to be treated and proceeded with as an action if the Trial Division considers it appropriate. The Motions Judge granted the motion because the case involved complex legal issues and detailed factual information.

Held, the appeal should be allowed.

Section 18.4 is the general rule and subsection 18.4(2) is the exception. Parliament intended that applications for judicial review be determined with as much speed and as little encumbrances and delays of the kind associated with trials as possible. Recourse should be had to subsection 18.4(2) only where facts cannot be satisfactorily established or weighed through affidavit evidence. Use of that subsection has been limited to the "clearest of circumstances" i.e. where *viva voce* evidence is required, either to assess the demeanour and credibility of witnesses, or to allow the Court to have a full grasp of the whole of the evidence when a case cries out for the full panoply of a trial. The adequacy of affidavit evidence must be considered in light of the true nature of the questions to be answered in judicial review proceedings (i.e. to review the decision made by the decision-maker). The complexity of the factual issues alone is irrelevant if the conflicting expert affidavits on which they are based are related to the issues before the tribunal rather than issues before the Court. Speculation that hidden evidence will come to light is not a basis for ordering a trial. The key test is whether the judge can see that affidavit evidence will be inadequate, not that trial evidence might be superior.

A trial is not necessary to properly decide Charter cases. Charter issues do not require a better factual basis than other issues. A judge can only conclude that Charter issues require a trial where there is some reason to believe in the inadequacy of affidavits to establish a factual basis. To proceed by motion upon affidavit evidence is not proceeding in a "factual vacuum". There are innumerable cases where Charter issues have been decided on application or other summary process.

18.4(2). L'intimé, un détenu du pénitencier de Kingston, a présenté une demande relativement à un certain nombre de déclarations concernant la légalité des procédures suivies par la Commission nationale des libérations conditionnelles lors de l'audience tenue en 1991, et que la Commission se proposait d'adopter lors de son audience de 1993. Dans sa contestation, l'intimé allègue que la Commission a outrepassé sa compétence et que les droits que lui confèrent les articles 7, 9 et 15 de la Charte ont été violés. Après avoir déposé sa demande, l'intimé a demandé une ordonnance portant que la demande qu'il venait de déposer soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Le paragraphe 18.4(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* requiert qu'il soit statué sur les demandes présentées en vertu des articles 18.1 à 18.3 selon une procédure sommaire, mais le paragraphe 18.4(2) permet qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action si la Section de première instance estime que cela est indiqué. Le juge des requêtes a accueilli la requête pour le motif que l'affaire comportait des questions de droit et de fait complexes.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

L'article 18.4 est la règle générale, et le paragraphe 18.4(2), l'exception. Le Parlement a voulu qu'il soit statué sur les demandes de contrôle judiciaire le plus tôt possible et avec le moins possible d'obstacles et de retards du type de ceux qu'il est fréquent de rencontrer dans les procès. On ne devrait avoir recours au paragraphe 18.4(2) que lorsque les faits ne peuvent pas être correctement établis ou considérés au moyen d'affidavits. L'utilisation de ce paragraphe se limite aux cas où l'on a des « motifs très clairs », c.-à-d. lorsqu'il faut obtenir une preuve de vive voix pour évaluer l'attitude et la crédibilité des témoins, ou pour permettre à la Cour de saisir l'ensemble de la preuve lorsqu'elle considère que l'affaire requiert tout l'appareillage d'un procès tenu en bonne et due forme. La pertinence d'utiliser la preuve par affidavit doit être considérée par rapport à la vraie nature des questions auxquelles la Cour doit répondre dans une procédure de contrôle judiciaire (c.-à-d. examiner la décision rendue par le décideur). La seule complexité des faits ne saurait être prise en considération si les affidavits contradictoires des experts qui s'appuient sur ces faits se rapportent aux questions soumises au tribunal plutôt qu'aux questions soumises à la Cour. Supposer qu'on pourra mettre au jour une preuve cachée n'est pas une raison suffisante pour ordonner la tenue d'un procès. Le vrai critère que le juge doit appliquer est de se demander si la preuve présentée au moyen d'affidavits sera suffisante, et non de se demander si la preuve qui pourrait être présentée au cours d'un procès pourrait être supérieure.

Les litiges où la Charte est invoquée peuvent être valablement tranchés sans avoir recours à un procès. La qualité de la preuve n'a pas à être supérieure lorsqu'il s'agit d'une question liée à la Charte. Le juge ne conclura à la nécessité d'avoir un procès pour trancher des questions liées à la Charte que lorsqu'il aura des raisons de croire que la preuve déposée au moyen d'affidavits sera insuffisante. La présentation d'une requête fondée sur une preuve par affidavit n'équivaut pas à procéder dans un « vide factuel ». Des arrêts innombrables ont

Neither the complexity of legal issues nor time alone is a relevant consideration for transforming an application into an action. The volume of the affidavit evidence to be filed, or the time needed to submit a case is not related to the way the proceedings are held. A party's subjective reason for desiring *viva voce* evidence is also irrelevant. Nor is a party's desire to have his day in court a good reason for allowing a trial.

The main consideration is whether the factual basis for deciding the issues could be properly generated by affidavit evidence. A summary hearing would not prevent the Court from dealing adequately with this application for judicial review. The matters complained of related to the procedure followed by the Board, a matter well within the Court's expertise. The issues were not so complex as to require the full panoply of a trial.

The paragraphs of the originating notice of motion relating to the 1991 hearing should be struck out. Under Rule 1602(4) the respondent's notice of originating motion could be in respect of a single decision only and the application concerning the 1991 decision was outside the 30-day time limit set out in subsection 18.1(2) which only a Trial Division Judge may extend. Also, there was no need to challenge the 1991 decision. The Board was purporting to adopt the same procedures in 1993 as it had in 1991. The issue was whether the Board may in 1993 use the same procedures it used in 1991. Whether the procedures are found to have been illegal in 1991 or to be illegal in 1993 when the hearing resumes, the respondent will get a hearing in which the proper procedures are adopted.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9, 15(1).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 761.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 18.4 (as enacted *idem*).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1602(4) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1603(3) (as enacted *idem*), 1606(1) (as enacted *idem*), 1614(1) (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Potato Board (P.E.I.) v. Canada (Minister of Agriculture) (1992), 56 F.T.R. 150 (F.C.T.D.); *Derrickson et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Devel-*

été rendus sur des questions liées à la Charte, à la suite d'une demande ou d'un autre moyen sommaire.

Ni la complexité des questions juridiques ni le temps comme tels ne peuvent justifier de transformer une procédure de demande en une action. Le volume de la preuve qui sera déposée par affidavit et le temps dont on aura besoin pour présenter l'affaire n'ont pas de relation avec la façon dont l'instance est tenue. Les motifs subjectifs qu'une partie pourrait avoir de désirer que la preuve soit présentée de vive voix ne sont pas pertinents. Le désir d'une partie d'avoir son heure de gloire au prétoire n'est pas, non plus, un motif pour accorder un procès.

La question principale est de déterminer si la preuve nécessaire pour trancher le litige peut être valablement produite par affidavit. Une audience tenue de façon sommaire n'empêcherait pas la Cour d'instruire de façon appropriée la demande de contrôle judiciaire. Les motifs de plainte de l'intimé sont entièrement liés à la procédure suivie par la Commission. Les questions de procédure sont très précisément de la compétence de la Cour, et elles ne sont pas complexes au point de nécessiter tout l'appareillage d'un procès.

Les paragraphes de l'avis de requête introductive d'instance qui se rapportent à l'audience de 1991 devraient être radiés. En vertu de la Règle 1602(4), l'avis de requête introductive d'instance de l'intimé ne pouvait valoir que pour l'une des décisions seulement. La demande se rapportant à la décision de 1991 n'a pas été présentée dans le délai de 30 jours fixé par le paragraphe 18.1(2), que seul un juge de la Section de première instance peut prolonger. Il n'y avait pas non plus de motifs de contester la décision de 1991. La Commission se proposait d'adopter en 1993 les mêmes procédures qu'elle avait suivies en 1991. La question en litige portait sur le droit de la Commission d'agir de cette façon. Si la Cour décide que ces procédures étaient illégales en 1991, ou qu'elles seraient illégales à la reprise de l'audience de 1993, l'intimé obtiendra une audience où les procédures appropriées seront adoptées.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 9, 15(1).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 761.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 18.4 (édicte, *idem*).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1602(4) (édictees par DORS/92-43, art. 19), 1603(3) (édictee, *idem*), 1606(1) (édictee, *idem*), 1614(1) (édictee, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Office des pommes de terre (I.P.-É) c. Canada (Ministre de l'Agriculture) (1992), 56 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.); *Derrickson et autre c. Canada (Ministre des Affaires*

opment) (1993), 63 F.T.R. 292 (F.C.T.D.); *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.).

CONSIDERED:

Bayer AG and Miles Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare and Apotex Inc., A-389-93, Mahoney J.A., judgment dated 25/10/93, F.C.A., not yet reported; *Bayer AG et al. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) et al.* (1993), 66 F.T.R. 137 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band, [1993] 2 F.C. 641; (1993), 153 N.R. 307 (C.A.); *Edwards v. Canada (Minister of Agriculture)* (1992), 53 F.T.R. 265 (F.C.T.D.); *Oduro v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, IMM-903-93, McKeown J., order dated 9/12/93, F.C.T.D., not yet reported.

APPEAL from Trial Judge's direction (*Macinnis v. Canada (Attorney General)*, T-1931-93, Cullen J., order dated 18/10/93, F.C.T.D., not yet reported) that the application for judicial review be proceeded with and treated as an action. Appeal allowed.

COUNSEL:

John B. Edmond for appellants.
Ronald R. Price, Q.C. for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
Ronald R. Price, Q.C., Kingston, Ontario, for respondent.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

DÉCARY J.A.: This appeal gives this Court its first opportunity to look into the criteria that are to be used by a motions judge when exercising his or her discretion, pursuant to subsection 18.4(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] (the Act), in directing that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.¹

¹ S. 18.4 reads as follows:

18.4 (1) Subject to subsection (2), an application or reference to the Trial Division under any of sections 18.1 to 18.3

(Continued on next page)

indiennes et du Nord canadien (1993), 63 F.T.R. 292 (C.F. 1^{re} inst.); *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bayer AG et Miles Canada Inc. c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Apotex Inc., A-389-93, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 25-10-93, C.A.F., encore inédit; *Bayer AG et autre c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) et autre* (1993), 66 F.T.R. 137 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canadien Pacifique Limitée c. Bande indienne de Matsqui, [1993] 2 C.F. 641; (1993), 153 N.R. 307 (C.A.); *Edwards c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1992), 53 F.T.R. 265 (C.F. 1^{re} inst.); *Oduro c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, IMM-903-93, juge McKeown, ordonnance en date du 9-12-93, C.F. 1^{re} inst., encore inédite.

APPEL de la directive du juge de première instance (*Macinnis c. Canada (Procureur général)*, T-1931-93, juge Cullen, ordonnance en date du 18-10-93, C.F. 1^{re} inst., encore inédite) que la demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action. Appel accueilli.

AVOCATS:

John B. Edmond, pour les appelants.
Ronald R. Price, c.r., pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour les appelants.
Ronald R. Price, c.r., Kingston (Ontario), pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le présent appel donne à la Cour sa première occasion d'examiner les critères qui doivent être pris en considération par le juge des requêtes lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire conformément au paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] (la Loi) et qu'il ordonne qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action¹.

¹ L'art. 18.4 est rédigé de la façon suivante:

18.4 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Section de première instance statue à bref délai et selon une procédure

(Suite à la page suivante)

The respondent, an inmate of the Kingston Penitentiary, brought an application before the Trial Division of this Court for a series of declarations regarding two hearings of the National Parole Board (the Board) held on November 20, 1991 (the 1991 hearing) and July 8, 1993 (the 1993 hearing). Twelve of these declarations relate to the 1991 hearing, which ended up in parole being denied to the respondent, and the other three relate to the 1993 hearing, which was adjourned *sine die* at the request of the respondent following procedural rulings by the Board denying requests made on his behalf.

As a person sentenced to an indeterminate period of detention the respondent was entitled, pursuant to section 761 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], to have his "condition, history and circumstances" reviewed biennially by the Board "for the purpose of determining whether he should be granted parole . . . and, if so, on what conditions." The respondent challenges the legality of the procedure followed by the Board at the 1991 hearing and renews his attack on that very same procedure which the Board was planning to follow at its 1993 hearing.

The grounds of attack are in two groups. The first group relates to an alleged excess of jurisdiction resulting from the Board's failure to weigh the varying professional assessments before it, to allow the respondent to have present at the hearing for questioning the authors of clinical reports on which the Board intended to rely and, more generally, to render an assessment not founded on the evidence. The other group relates to alleged violations of the respondent's rights under sections 7, 9 and subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B,

(Continued from previous page)

shall be heard and determined without delay and in a summary way.

(2) The Trial Division may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.

That section was enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5 and came into force on February 1, 1992.

L'intimé, un détenu du pénitencier de Kingston, a présenté une demande à la Section de première instance de la présente Cour relativement à un certain nombre de déclarations se rapportant à deux audiences que la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) a tenues le 20 novembre 1991 (l'audience de 1991) et le 8 juillet 1993 (l'audience de 1993). Douze de ces déclarations se rapportent à l'audience de 1991, qui s'est terminée par le refus d'accorder la libération conditionnelle à l'intimé. Les trois autres se rapportent à l'audience de 1993, qui a été ajournée *sine die* à la requête de l'intimé, à la suite des décisions que la Commission a rendues sur des questions de procédure, rejetant les requêtes présentées pour le compte de l'intimé.

Comme personne condamnée à la détention pour une période indéterminée, l'intimé avait droit, conformément à l'article 761 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], à ce que la Commission examine ses «antécédents et [sa] situation» à tous les deux ans «afin d'établir s'il y a[avait] lieu de [le] libérer . . . et, dans l'affirmative, à quelles conditions». L'intimé conteste la légalité de la procédure suivie par la Commission lors de l'audience de 1991, et il réitère son attaque de cette même procédure que la Commission s'apprêtait à suivre lors de l'audience de 1993.

Les raisons de cette attaque se partagent en deux groupes. Le premier groupe se rattache à l'allégation que la Commission a outrepassé sa compétence en ne pesant pas le pour et le contre des évaluations professionnelles partagées qui lui ont été présentées, en ne permettant pas à l'intimé de convoquer à l'audience aux fins de les interroger les auteurs des rapports cliniques sur lesquels la Commission avait l'intention de s'appuyer et, de façon plus générale, en faisant une évaluation qui n'était pas fondée sur la preuve. Le second groupe se rattache à l'allégation que les droits conférés à l'intimé par les articles 7 et 9 et le

(Suite de la page précédente)

sommaire sur les demandes et les renvois qui lui sont présentés dans le cadre des articles 18.1 à 18.3.

(2) La Section de première instance peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il agissait d'une action.

Cet article a été ajouté par la L.C. 1990, ch. 8, art. 5 et est entré en vigueur le 1^{er} février 1992.

Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

After the filing of his application, the respondent made a motion pursuant to subsection 18.4(2) of the Act for an order that his application filed under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] be treated and proceeded with as an action.

The learned Motions Judge [T-1931-93, Cullen J., order dated 18/10/93, F.C.T.D., not yet reported] granted the motion, essentially for the following reasons:

The case at bar is a complex and unique one, involving an individual with a very unusual illness. The applicant's history in this Court is well-documented, as are his disputes with the Board and the Correction Services of Canada. The originating notice of motion raises many difficult issues, including several concerning the Charter. It is these issues that lead me to believe that the case may not be properly suited to the procedure for an application for judicial review.²

As stated, the case before me is a complex one with a complicated series of legal questions to be resolved. In addition to the Charter issues, there is the fact that the Board did not allow the applicant to have legal representation at his hearings. This fact alone would likely not withstand judicial review. However it is the combination of complex legal issues and detailed factual information required which make this case a proper candidate to be treated and proceeded with as an action pursuant to section 18.4(2) and Rule 1601(2). Accordingly, this motion is granted. In doing so, I wish to stress that not all applications which raise Charter arguments will necessarily be treated as an action. Each case must be evaluated on its own merits in accordance with the intent of section 18.4 and Mr. Justice Muldoon's comments in *P.E.I. Potato Board*, *supra*.³

Any attempt to interpret subsection 18.4(2) has to begin with the following statement by Muldoon J.

² A.B., at p. 332.

³ A.B., at p. 334.

paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) ont été violés.

Après le dépôt de sa demande, l'intimé a présenté une requête en vertu du paragraphe 18.4(2) de la Loi pour obtenir par ordonnance que sa demande, présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

Le juge des requêtes [T-1931-93, le juge Cullen, ordonnance en date du 18-10-93, C.F. 1^{re} inst., encore inédite] a accueilli la requête, principalement pour les raisons suivantes:

La présente affaire, complexe et unique, met en cause un individu affligé d'une maladie inhabituelle. Les antécédents du requérant devant cette Cour sont bien documentés, de même que ses conflits avec la Commission et le Service correctionnel du Canada. L'avis de requête introductif d'instance soulève de nombreuses questions épineuses, dont plusieurs sont relatives à la Charte. Ce sont ces questions qui me portent à croire qu'il ne convient pas que l'affaire suive la procédure qui régit la demande de contrôle judiciaire².

Je le répète, la présente affaire est complexe et pose un ensemble de questions de droit complexes. Outre les questions relatives à la Charte, il y a le fait que la Commission n'a pas permis au requérant d'être représenté par un avocat lors de ses audiences. À lui seul, ce refus ne résisterait probablement pas à un contrôle judiciaire. Toutefois, c'est l'existence de questions de droit complexes, alliée à la nécessité d'obtenir des renseignements factuels détaillés, qui justifie que la présente affaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action, conformément au paragraphe 18.4(2) et à la Règle 1601(2). Par conséquent, la requête est accueillie. Je souhaite cependant souligner que les demandes qui soulèvent des arguments fondés sur la Charte ne seront pas systématiquement instruites comme s'il s'agissait d'actions. Chaque cas doit être examiné en fonction de son bien-fondé, conformément à l'intention de l'article 18.4 et aux commentaires du juge Muldoon exprimés dans l'arrêt *P.E.I. Potato Board*, précité³.

Toute tentative d'interprétation du paragraphe 18.4(2) doit commencer par la prise en considération

² Dossier d'appel, à la p. 332.

³ Dossier d'appel, à la p. 334.

with respect to the approach to be taken when applying it:⁴

Section 18.4 of the *Federal Court Act* makes it clear that, as a general rule, an application for judicial review or a reference to the Trial Division shall be proceeded with as a motion. The section dictates that such matters be heard and determined "without delay and in a summary way". As an exception to the general rule, provision is made in s. 18.4(2) for an application for judicial review to be proceeded with as an action. The new and preferred course of procedure, however, is by way of motion and that course should not be departed from except in the clearest of circumstances.

Of interest, also, is the reminder by Reed J. that:⁵

... on judicial review the role of the court is to review the decision made by the decision-maker but not to supplant that decision-making process.

and the following comments by Strayer J.:⁶

For these reasons I am unsympathetic to the arguments of the respondents that there are difficult technical factual determinations to be made which will require pleadings and a trial and the cross-examination *viva voce* of experts and others. It is not the role of the Court in these proceedings to become an academy of science to arbitrate conflicting scientific predictions, or to act as a kind of legislative upper chamber to weigh expressions of public concern and determine which ones should be respected. Whether society would be well served by the Court performing either of these roles, which I gravely doubt, they are not the roles conferred upon it in the exercise of judicial review under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7].

I am therefore not going to direct that this matter be tried by way of an action. I think many of the concerns of the respondents can be met if the parties focus on the real issues.

It is, in general, only where facts of whatever nature cannot be satisfactorily established or weighed through affidavit evidence that consideration should be given to using subsection 18.4(2) of the Act. One should not lose sight of the clear intention of Parlia-

⁴ *Potato Board (P.E.I.) v. Canada (Minister of Agriculture)* (1992), 56 F.T.R. 150 (F.C.T.D.), at p. 152.

⁵ *Derrickson et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1993), 63 F.T.R. 292 (F.C.T.D.), at p. 298.

⁶ *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.), at p. 51.

de l'affirmation que le juge Muldoon a faite relativement au point de vue qui doit être adopté lorsqu'on veut mettre ce paragraphe en application⁴:

L'article 18.4 de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose clairement qu'en règle générale, une demande de contrôle judiciaire ou un renvoi présenté à la Section de première instance est instruit comme s'il s'agissait d'une requête. En vertu de cet article, ces matières doivent être entendues et jugées «à bref délai et selon une procédure sommaire». Exceptionnellement, le paragraphe 18.4(2) prévoit qu'une demande de contrôle judiciaire peut être instruite comme s'il s'agissait d'une action. Cependant, c'est dorénavant par voie de requête qu'il est préférable de procéder et il ne faut pas déroger à ce principe en l'absence de motifs très clairs.

Il est intéressant de se rappeler, à l'instar du juge Reed⁵:

... [qu'] en matière de contrôle judiciaire le rôle du tribunal consiste à examiner la décision contestée, mais non à se substituer à l'instance qui l'a rendue.

Il faut aussi noter les commentaires du juge Strayer⁶:

Pour ces motifs, je ne souscris pas à l'argument des intimés, à savoir qu'il y a des questions de fait techniques difficiles à trancher, lesquelles nécessiteront des plaidoiries et un procès ainsi que le contre-interrogatoire d'experts et d'autres personnes. En l'espèce, il n'incombe pas à la Cour de devenir une académie des sciences se prononçant sur des prévisions scientifiques contradictoires, ou d'agir en quelque sorte à titre de Haute assemblée pesant les préoccupations manifestées par le public et déterminant quelles préoccupations devraient être respectées. Indépendamment de la question de savoir si la société serait bien servie si la Cour assumait l'un ou l'autre de ces rôles, ce dont je doute sérieusement, il ne s'agit pas de rôles qui ont été confiés à la Cour dans l'exercice du contrôle judiciaire prévu par l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7].

Par conséquent, je ne vais pas ordonner que cette affaire soit entendue à titre d'action. Je crois qu'il est possible de répondre à de nombreuses préoccupations des intimés si les parties mettent l'accent sur les questions véritables.

En général, c'est seulement lorsque les faits, de quelque nature qu'ils soient, ne peuvent pas être évalués ou établis avec satisfaction au moyen d'un affidavit que l'on devrait envisager d'utiliser le paragraphe 18.4(2) de la Loi. Il ne faudrait pas perdre de

⁴ *Office des pommes de terre (I.P.-É.) c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1992), 56 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 152.

⁵ *Derrickson et autre c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1993), 63 F.T.R. 292 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 298.

⁶ *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.), à la p. 51.

ment to have applications for judicial review determined whenever possible with as much speed and as little encumbrances and delays of the kind associated with trials as are possible. The “clearest of circumstances”, to use the words of Muldoon J., where that subsection may be used, is where there is a need for *viva voce* evidence, either to assess demeanour and credibility of witnesses or to allow the Court to have a full grasp of the whole of the evidence whenever it feels the case cries out for the full panoply of a trial.⁷ The decision of this Court in *Bayer AG and Miles Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare and Apotex Inc.*⁸ where Mahoney J.A. to some extent commented adversely on a decision made by Rouleau J. in the same file,⁹ is a recent illustration of the reluctance of the Court to proceed by way of an action rather than by way of an application.

Strayer J. in *Vancouver Island Peace Society*, and Reed J. in *Derrickson* have indicated that it is important to remember the true nature of the questions to be answered by the Court in judicial review proceedings and to consider the adequacy of affidavit evidence for answering those questions. Thus, a judge would err in accepting that a party could only introduce the evidence it wants by way of a trial if that evidence was not related to the narrow issues to be answered by the Court. The complexity of the factual issues would be, taken by itself, an irrelevant consideration if the conflicting expert affidavits on which they are based are related to the issues before the tribunal rather than issues before the Court. In the same vein, speculation that hidden evidence will come to

vue l'intention clairement exprimée par le Parlement, qu'il soit statué le plus tôt possible sur les demandes de contrôle judiciaire, avec toute la célérité possible, et le moins possible d'obstacles et de retards du type de ceux qu'il est fréquent de rencontrer dans les procès. On a des «motifs très clairs» d'avoir recours à ce paragraphe, pour utiliser les mots du juge Muldoon, lorsqu'il faut obtenir une preuve de vive voix soit pour évaluer l'attitude et la crédibilité des témoins ou pour permettre à la Cour de saisir l'ensemble de la preuve lorsqu'elle considère que l'affaire requiert tout l'appareillage d'un procès tenu en bonne et due forme⁷. L'arrêt rendu par la présente Cour dans l'affaire *Bayer AG et Miles Canada Inc. c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Apotex Inc.*⁸, où le juge Mahoney, J.C.A. s'est montré jusqu'à un certain point en désaccord avec la décision rendue par le juge Rouleau dans la même affaire⁹, est un exemple récent de l'hésitation de la Cour à instruire une affaire par voie d'action plutôt qu'au moyen d'une demande.

Le juge Strayer, dans l'arrêt *Vancouver Island Peace Society*, et le juge Reed dans l'arrêt *Derrickson*, ont mentionné qu'il est important de se rappeler la vraie nature des questions auxquelles la Cour doit répondre dans une procédure de contrôle judiciaire, et de considérer la pertinence d'utiliser la preuve déposée par affidavit pour répondre à ces questions. Par conséquent, un juge commettrait une erreur en acceptant qu'une partie puisse seulement présenter la preuve qu'elle veut au moyen d'un procès si cette preuve n'était pas liée aux questions très précises auxquelles la Cour doit répondre. La complexité, comme telle, des questions de faits ne saurait être prise en considération si les affidavits contradictoires des experts qui s'appuient sur ces faits se rapportent aux questions soumises au tribunal plutôt qu'aux questions soumises à la Cour. Par conséquent, supposer qu'on pourra mettre au jour une preuve cachée n'est pas une raison suffisante pour ordonner

⁷ See *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1993] 2 F.C. 641 (C.A.), at pp. 649-650; *Edwards v. Canada (Minister of Agriculture)* (1992), 53 F.T.R. 265 (F.C.T.D.), at p. 267, Pinard J.

⁸ (25 October 1993), A-389-93, not yet reported.

⁹ [*Bayer AG et al. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) et al.*] (1993), 66 F.T.R. 137 (F.C.T.D.).

⁷ Voir *Canadien Pacifique Ltée. c. Bande indienne de Matsqui*, [1993] 2 C.F. 641 (C.A.), aux p. 649 et 650; *Edwards c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* (1992), 53 F.T.R. 265 (1^{re} inst.), à la p. 267, le juge Pinard.

⁸ (25 octobre 1993), A-389-93, encore inédit.

⁹ [*Bayer AG et autre c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) et autre*] (1993), 66 F.T.R. 137 (C.F. 1^{re} inst.).

light is not a basis for ordering a trial.¹⁰ A judge might be justified in holding otherwise if there were good grounds for believing that such evidence would only come to light in a trial, but the key test is whether the judge can see that affidavit evidence will be inadequate, not that trial evidence might be superior.

We do not think a better factual basis is necessary for determining Charter issues in comparison with other issues. It is true that constitutional facts are unusual in that they are often about social trends, but before a judge concludes that Charter issues require a trial, there must be some reason to believe in the inadequacy of affidavits to establish a factual basis. To proceed by way of motion is not to be equated with proceeding in a "factual vacuum", since affidavit evidence is fully available. The proposition that Charter issues can be properly decided only following a trial flies in the face of the innumerable decisions of this Court, the Supreme Court of Canada and other courts that have been made on application or following other summary process, or by appeal from such decisions. There is absolutely no reason to grant Charter cases a special status.

The complexity of legal issues is not, in itself, a relevant consideration. These issues would be complex whether they were argued in the course of an application or in the course of an action.

Time is also not in itself a relevant consideration for transforming an application into an action. The volume of the affidavit evidence to be filed, the time needed by counsel to submit their case are not related to the way the proceedings are held. We appreciate that applications have taken more and more of the time of the Trial Division and that what used to be for a judge a motions' day has become more often than not a motions' week. The system obviously needs to be adapted to these new requirements of the post-Charter era, but the solution cannot be, because it flies in the face of Parliament's will, to alleviate the

¹⁰ *Oduro v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 9 December 1993, IMM-903-93 (F.C.T.D.), McKeown J. (not yet reported).

la tenue d'un procès¹⁰. Un juge peut être justifié de statuer autrement s'il a de bonnes raisons de croire qu'une telle preuve ne pourrait être mise au jour qu'au moyen d'un procès. Mais le vrai critère que le juge doit appliquer est de se demander si la preuve présentée au moyen d'affidavits sera suffisante, et non de se demander si la preuve qui pourrait être présentée au cours d'un procès pourrait être supérieure.

Nous ne croyons pas que la qualité de la preuve requise varie selon qu'il s'agisse d'une question liée à la Charte ou à d'autres questions. Il est exact que les faits constitutionnels sont inhabituels, en ce qu'ils se rapportent souvent à des tendances sociales. Mais avant qu'un juge conclue que des questions liées à la Charte nécessitent un procès, il faut des raisons de croire que la preuve déposée au moyen d'affidavits sera insuffisante. La présentation d'une requête n'équivaut pas à procéder dans un «vide factuel», puisque la preuve par affidavit est possible. L'affirmation que les questions liées à la Charte ne peuvent être correctement tranchées qu'au moyen d'un procès bat en brèche les arrêts innombrables rendus par la présente Cour, la Cour suprême du Canada et d'autres cours à la suite d'une demande ou d'un autre moyen sommaire, ou lors de l'appel de ces décisions. Il n'y a absolument aucun motif d'accorder un traitement spécial aux litiges où la Charte est invoquée.

La complexité, comme telle, des questions de droit n'est pas un motif suffisant. Cette complexité reste la même, que ces questions soient débattues lors de l'instruction d'une demande ou d'une action.

Le temps, comme tel, n'est pas non plus un motif suffisant pour transformer une demande en action. Le volume de la preuve qui sera déposé par affidavit et le temps dont les avocats ont besoin pour présenter leur affaire n'ont pas de relation avec la façon dont l'instance est tenue. Nous sommes conscients que les demandes ont pris de plus en plus du temps de la Section de première instance, et que ce qui n'était pour un juge que le jour des requêtes est devenu plus souvent qu'autrement la semaine des requêtes. Le système a clairement besoin d'être adapté aux nouvelles exigences de l'ère post-Charte; mais la solution ne

¹⁰ *Oduro c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 9 décembre 1993, IMM-903-93 (C.F. 1^{re} inst.), le juge McKeown, (encore inédit).

burden of a motions judge by converting an application to an action.

A party's subjective reason for desiring *viva voce* evidence would also be an irrelevant consideration. A party's desire to have his day in court is not a good reason for allowing a trial.

In the case at bar, with respect, the learned Motions Judge was too much concerned with the complexity of the issues raised and the fact that there were Charter issues, and not concerned enough with what should have been the main consideration, i.e. whether the factual basis for deciding those issues could be properly generated by affidavit evidence. This is clearly a ground for intervention by this Court.

We have examined the pleadings and the records in two earlier applications in the Trial Division on which the respondent has relied in the present application. There are, indeed, complex issues and facts, but we have not been persuaded that a hearing in a summary way would prevent the parties and the Court from dealing adequately with the application for judicial review. On the contrary, it seems to us that the matters complained of by the respondent are entirely related to the procedure followed by the Board. Procedure being a matter well within the expertise of the Court, the issues are not so complex as to require production of documents, discovery, *viva voce* evidence with cross-examination, and the full panoply of a trial.

The appellants have raised another issue with respect to the attack on the decision of the Board dated November 22, 1991. They argue that under Rule 1602(4) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)], the respondent's notice of originating motion could be in respect of a single decision only; they argue further that the application with respect to the November 22, 1991 decision could not be entertained as it was not made within the thirty-day time limit set out in subsection 18.1(2) of the Act and as only a Judge of the Trial

saurait être, parce que l'on battrait alors en brèche la volonté du Parlement, de diminuer le fardeau du juge des requêtes en transformant les demandes en actions.

^a Les motifs subjectifs qu'une partie pourrait avoir de désirer que la preuve soit présentée de vive voix ne sont pas non plus pertinents. Le désir d'une partie d'avoir son heure de gloire au prétoire n'est pas un motif pour accorder un procès.

^b En l'espèce, et en toute déférence, le juge des requêtes était, d'une part, trop préoccupé par la complexité des questions soulevées et par le fait qu'il y avait des questions liées à la Charte et, d'autre part, pas assez préoccupé par ce qui aurait dû être la question principale, à savoir si la preuve nécessaire pour trancher le litige pouvait être valablement produite par affidavit. Il y a là clairement matière à intervention de notre Cour.

^c Nous avons examiné les plaidoiries et les dossiers des deux demandes présentées antérieurement à la Section de première instance et sur lesquelles l'intimé a appuyé sa présente demande. Il y a effectivement des questions et des faits complexes, mais on ne nous a pas convaincus qu'une audience tenue de façon sommaire empêcherait les parties et la Cour d'instruire de façon appropriée la demande de contrôle judiciaire. Au contraire, il nous semble que les motifs de plainte de l'intimé sont entièrement liés à la procédure suivie par la Commission. Les questions de procédure étant très précisément de la compétence de la Cour, elles ne sont pas complexes au point de nécessiter la production de documents ou leur communication, des témoignages faits de vive voix et comportant contre-interrogatoire et, finalement, l'appareillage complet d'un procès.

^d Les appelants ont soulevé une autre question en ce qui concerne la contestation de la décision rendue par la Commission le 22 novembre 1991. Ils allèguent que, en vertu de la Règle 1602(4) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19)], l'avis de requête introductive d'instance de l'intimé ne pouvait valoir que pour l'une des décisions seulement; ils allèguent aussi que la demande se rapportant à la décision du 22 novembre 1991 ne pouvait pas être accueillie, étant donné qu'elle n'a pas été présentée dans le délai de 30 jours fixé par le

Division may extend time. Both points are well taken.

That being said, there does not appear to be any need for the respondent to challenge the 1991 decision. The procedures adopted by the Board during the 1991 hearing were those purported to be adopted by it in the 1993 hearing. The issue before the Court is in reality whether the Board may use in 1993 the same procedures it used in 1991. Whether the procedures are found to have been illegal in 1991 or to be illegal when the hearing resumes, the respondent will get a hearing in which the proper procedures are adopted. We shall therefore order that paragraphs (a) to (l) of the originating notice of motion, which relate to the 1991 hearing, be struck out.

The appellants have suggested, should the appeal be allowed, that pursuant to Rule 1614(1) [as enacted *idem*], the time limit prescribed by Rule 1603(3) [as enacted *idem*] for the filing of their affidavit should be extended to thirty days from the date of the judgment herein, and the time limit prescribed by Rule 1606(1) [as enacted *idem*] for the filing and service by the respondent of his application record should be extended to sixty days from the date of the judgment herein. We shall so order.

The appeal shall be allowed, the order of the Trial Division shall be set aside, the motion brought pursuant to subsection 18.4(2) of the *Federal Court Act* shall be dismissed, the time limits prescribed by Rules 1603(3) and 1606(1) shall begin to run from the date of the judgment herein and paragraphs (a) to (l) of the originating notice of motion shall be struck out.

paragraphe 18.1(2) de la Loi et que seul un juge de la Section de première instance peut accorder un nouveau délai. Ces deux points sont très justes.

Ceci dit, il ne semble y avoir aucun besoin pour l'intimé de contester la décision de 1991. Les procédures suivies par la Commission lors de l'audience de 1991 étaient celles qu'elle se serait apprêtée à suivre lors de l'audience de 1993. La question que la Cour doit trancher est donc en fait celle-ci: la Commission peut-elle utiliser en 1993 les mêmes procédures qu'elle a utilisées en 1991? Si la Cour décide que ces procédures étaient illégales en 1991, ou qu'elles seraient illégales à la reprise de l'audience, l'intimé obtiendra une audience où les procédures appropriées seront adoptées. Nous devons par conséquent ordonner que les paragraphes a) à l) de l'avis de requête introductive d'instance, qui se rapportent à l'audience de 1991, soient radiés.

Les appelants ont soumis que, si l'appel était accueilli, le délai prescrit par la Règle 1603(3) [édictee, *idem*] pour le dépôt de leur affidavit devrait, conformément à la Règle 1614(1) [édictee, *idem*], être prolongé à 30 jours à partir de la date du présent jugement, et que le délai prescrit par la Règle 1606(1) [édictee, *idem*] pour le dépôt et la signification du dossier de l'intimé devrait être prolongé à 60 jours à partir de la date du présent jugement. Nous en donnons l'ordre.

L'appel sera accueilli, l'ordonnance rendue par la Section de première instance, annulée, et la requête présentée en vertu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, rejetée; les délais prescrits par les Règles 1603(3) et 1606(1) débiteront à partir de la date du présent jugement et les paragraphes a) à l) de l'avis de requête introductive d'instance seront radiés.