

L'article 7 de la Charte canadienne et la discipline carcérale

Patrice Garant et Paule Halley

Volume 20, numéro 4, décembre 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058346ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058346ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Garant, P. & Halley, P. (1989). L'article 7 de la Charte canadienne et la discipline carcérale. *Revue générale de droit*, 20(4), 599–646.
<https://doi.org/10.7202/1058346ar>

Résumé de l'article

Les sanctions disciplinaires en milieu carcéral, tout comme les autres décisions prises par les autorités carcérales, sont des décisions administratives. Cette qualification eut longtemps pour effet de soustraire ces décisions au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours de justice. Dans ces circonstances, la personne incarcérée faisait alors les frais d'une justice maison, plus axée sur des motifs de commodité administrative que sur le respect de ses droits, puisque le détenu n'avait aucun droit qu'il puisse faire valoir.

En 1979, le devoir d'agir équitablement imposé aux titulaires de fonctions administratives fait son entrée au Canada, bouleversant considérablement l'administration de la justice en milieu carcéral. Son impact en matière de discipline est marqué par l'élaboration d'une série de règles procédurales propres à assurer des décisions équitables aux personnes incarcérées.

L'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* a eu pour effet d'accroître la promotion des droits des personnes incarcérées en mettant les règles développées par les tribunaux à l'abri de l'intervention du législateur. En matière de discipline, c'est l'article 7 qui offre le plus de protection aux personnes incarcérées. Aussi la jurisprudence reconnaît-elle en vertu de cet article toute la gamme de garanties procédurales, telles que le droit d'être représenté par un avocat dans certaines circonstances ou d'interroger ou de contre-interroger les témoins de l'infraction.

En bref, l'étude de la discipline carcérale est susceptible de retenir l'attention des lecteurs intéressés par la portée de l'article 7 de la Charte, car ce domaine d'étude se caractérise par un nombre considérable d'arrêts couvrant une vaste partie du sujet.

DOCTRINE

L'article 7 de la Charte canadienne et la discipline carcérale*

PATRICE GARANT

Professeur titulaire à la Faculté de droit
de l'Université Laval, Québec

et

PAULE HALLEY

Auxiliaire de recherche à la Faculté de droit
de l'Université Laval, Québec

RÉSUMÉ

Les sanctions disciplinaires en milieu carcéral, tout comme les autres décisions prises par les autorités carcérales, sont des décisions administratives. Cette qualification eut longtemps pour effet de soustraire ces décisions au pouvoir de surveillance et de contrôle des cours de justice.

Dans ces circonstances, la personne incarcérée faisait alors les frais d'une justice maison, plus axée sur des motifs de commodité administrative que sur le respect de ses droits, puisque le détenu n'avait aucun droit qu'il puisse faire valoir.

En 1979, le devoir d'agir équitablement imposé aux titulaires de fonctions

ABSTRACT

Disciplinary sanctions against prisoners like any other decision taken by prison authorities are administrative decisions. That qualification had up to recently the effect of withdrawing those decisions from the supervisory jurisdiction of superior courts. Under such circumstances, the prisoner was the subject of an in-house justice guided by reasons of administrative commodity rather than by the respect of his rights, because he had indeed no right.

In 1979, the duty to act fairly imposed to administrative decision-makers came to Canada; that brought a major change in administrative justice namely in prisons and penitentiaries. The

* Cet article s'inscrit dans le cadre des travaux du groupe de recherche en Droit carcéral, subventionné par le Fonds F.C.A.R.

administratives fait son entrée au Canada, bouleversant considérablement l'administration de la justice en milieu carcéral.

Son impact en matière de discipline est marqué par l'élaboration d'une série de règles procédurales propres à assurer des décisions équitables aux personnes incarcérées.

L'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés a eu pour effet d'accroître la promotion des droits des personnes incarcérées en mettant les règles développées par les tribunaux à l'abri de l'intervention du législateur.

En matière de discipline, c'est l'article 7 qui offre le plus de protection aux personnes incarcérées. Aussi la jurisprudence reconnaît-elle en vertu de cet article toute la gamme de garanties procédurales, telles que le droit d'être représenté par un avocat dans certaines circonstances ou d'interroger ou de contre-interroger les témoins de l'infraction.

En bref, l'étude de la discipline carcérale est susceptible de retenir l'attention des lecteurs intéressés par la portée de l'article 7 de la Charte, car ce domaine d'étude se caractérise par un nombre considérable d'arrêts couvrant une vaste partie du sujet.

impact in matters of discipline was the building of a body of procedural rules to insure fair decisions.

The Canadian Charter of Rights and Freedoms gave another impulse to the promotion of prisoners' rights; some procedural rules were to a certain extent put beyond the reach of the legislatures. Section 7 namely offers an important protection to prisoners and parolees. Case law fosters a whole range of procedural devices such as the right to counsel, the right to cross-examination, etc.

A broad study of prison discipline will be of great interest to students of section 7 of the Charter. It will bring to their attention a good number of cases in a new field of law : prison law in Canada.

SOMMAIRE

Introduction	601
I. Les droits protégés par l'article 7 et le processus disciplinaire carcéral	604
A. Le droit à la vie	604
B. Le droit à la liberté	604
C. Le droit à la sécurité	607
II. Les principes de justice fondamentale	610
III. Les modalités d'application de la justice fondamentale à la procédure disciplinaire	615
A. Le droit de connaître les faits reprochés	615
B. Le droit de faire valoir ses moyens	619
C. Le droit à une audition équitable	620
D. Le droit d'être présent lors de l'audition disciplinaire	622
E. Le droit d'interroger et de contre-interroger	623
F. Les ajournements	624
G. Les règles de preuve	625
H. Le droit à la représentation par avocat	628
1. Avant la Charte	629
2. Depuis la Charte	632
Conclusion	645

INTRODUCTION

Comme les droits protégés par l'article 7 sont les plus importants de tous ceux que prévoit la Charte, que la privation de ces droits entraîne les conséquences les plus graves pour un individu et que la Charte établit une enclave sous mandat constitutionnel afin de les protéger, enclave dans laquelle le gouvernement s'aventure à ses risques [...] ¹

L'article 7 de la Charte canadienne a accéléré considérablement le développement du droit carcéral au Canada. Cet article se lit ainsi :

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

L'article 7 reprend en partie l'article 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui s'inspirait des cinquième et quatorzième amendements du *Bill of Rights* américain. La place occupée par l'article 7

1. *Re Cadeddu and The Queen*, (1983) 146 D.L.R. (3d) 629, p. 641, (J. POTTS), traduction tirée de *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642, p. 678 (C.A.)

dans la *Loi constitutionnelle de 1982* s'est révélée importante². En effet, la Cour suprême a considéré le fait que cet article introduise la section réservée aux « garanties juridiques » (art. 7 à 14), conjugué avec l'ampleur de son libellé, pour en déduire que l'article 7 résume l'ensemble des garanties de cette section, les dispositions subséquentes illustrant plus particulièrement certaines garanties³.

Le détenu qui se plaint d'une atteinte à l'un ou l'autre des droits constitutionnels visés par cet article doit démontrer, dans un premier temps, qu'il est victime d'une atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa

2. Notre propos se limitera à l'étude de l'impact de l'article 7 sur le processus disciplinaire carcéral. Nous renvoyons le lecteur à l'abondante littérature relative à l'article 7 de la Charte, et plus particulièrement aux articles auxquels nous référons à l'occasion : Timothy J. CHRISTIAN, « Section 7 and Administrative Law », (1987) 3 *Admin. L.J.* 25-40; Timothy J. CHRISTIAN, « Section 7 of the Charter of Rights and Freedoms : Constraints on State Action », (1984) 22 *Alta L. Rev.* 222; J.W. CONROY, « An Introduction to Canadian Prison Law », dans *Canadian Prison Law*, Vol. 1, Toronto, Butterworths, 1989, pp. 1-137; Patrice GARANT, « Droits fondamentaux et justice fondamentale (Article 7) » dans G.-A. BEAUDOIN et E. RATUSHNY, *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 381; Jean-Claude HÉBERT, « Le droit disciplinaire et les garanties juridiques fondamentales », (1983) 26 *C. de D.* 673; M. JACKSON, « The Right to Counsel in Prison Disciplinary Hearings », (1986) 20 *U.B.C. Law Review* 221; Ian JOHNSTONE, « Section 7 of the Charter and Constitutionally Protected Welfare », (1988) 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 1; H.L. KUSHNER, « The Right to Reasons in Administrative Law », (1986) 24 *Alta Law Rev.* 305; R.A. MACDONALD, « Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law : Natural Justice and Fundamental Justice », (1987) 39 *U. Fla. L. Rev.* 217; A.W. MACKAY, « Inmates' Rights; Lost in the Maze of Prison Bureaucracy? », (1988) 11 *Dalhousie L.J.* 698; A. MANSON, « Administrative Law Developments in the Prison and Parole Contexts », (1984) 5 *Admin. L.R.* 150; Patrick J. MONAHAN, « Judicial Review and Democracy : A Theory of Judicial Review », (1987) 21 *U.B.C. Law Review* 87; D. MULLAN, « Judicial Deference to Administrative Decision-Making in the Age of the Charter », (1985) 50 *Sask. Law Rev.* 203; Fergus O'CONNOR, « The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Parole in Canada », (1985) 10 *Queen's L.J.* 336; Fergus O'CONNOR & Leslie PRINGLE WRIGHT, « Mirror, Mirror, on the Prison Wall! How Fair Are We? An Analysis of the Common Law Duty to Act Fairly and the Charter Obligation to Comply with Principles of Fundamental Justice », (1984) 26 *Crim L.Q.* 318; Yves OUELLETTE, « La Charte canadienne et les tribunaux administratifs », (1984) 18 *R.J.T.* 295; H.R.S. RYAN, « The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Canadian Correctional System », (1983) 1 *Can. Human R. Book* 99-165; Luc TREMBLAY, « Section 7 of the Charter : Substantive Due Process? », (1984) 18 *U.B.C. L. Rev.* 201; Richard WEATHERSTON, « Penitentiary Disciplinary Hearing & The Right To Counsel », (1988) 4 *Admin. L.J.* 8; I.G. WHITEHALL, « Administrative Tribunals and Section 7 of the Charter » in N. FINKELSTEIN & B. Mcl. ROGERS, *Charter Issues in Civil Cases*, Toronto, Carswell, 1988, p. 257; John D. WHITE, « Annotation : Reference Re Section 94(2) of Motor Vehicle Act, R.S.B.C. », (1986) 48 *C.R.* (3d) 291.

3. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, pp. 502 et ss. (J. LAMER), p. 530 (J. WILSON).

sécurité. Il n'est pas nécessaire que les trois droits qui y sont énumérés soient en jeu, il suffit qu'un seul soit violé :

[...] [« incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le "droit" mentionné à l'art. 7 ». Chacun de ces éléments constitue, à mon avis, un concept distinct, quoique apparenté, que les tribunaux doivent interpréter comme tel. ⁴

La victime doit démontrer que l'atteinte est véritable, ou qu'il s'agit d'une menace sérieuse; elle ne doit pas être purement hypothétique ⁵.

Deuxièmement, la victime doit démontrer que l'atteinte a été faite en violation des principes de justice fondamentale. La Charte ne crée pas de droits absolus sous l'article 7; elle permet des atteintes à ces droits sous certaines conditions :

Il ne faut pas conclure que l'emploi du mot, « liberté » à l'article 7 de la Charte crée un idéal absolu isolé de tout. [...] L'article 7, même si on l'interprète point par point, insiste sur la protection du droit à la liberté en ce sens qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, plutôt que sur la liberté au sens abstrait. ⁶

Troisièmement, lorsque ces deux premières étapes sont franchies, il appartiendra à l'autorité gouvernementale qui a intérêt à défendre la décision ou la règle de droit contestée, de démontrer que la règle de droit qui a pour effet de restreindre la protection accordée par l'article 7 est raisonnable et a une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le détenu a, pour faire respecter l'article 7, les recours judiciaires ordinaires. Toutefois, la Charte elle-même prévoit expressément la possibilité d'une demande de réparation en vertu de son article 24. De plus, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit implicitement qu'un tribunal peut prononcer l'inopérabilité ou l'invalidité des dispositions de toute règle de droit incompatible avec la Constitution, et par conséquent la Charte elle-même.

Ces articles de la Charte offrent aux personnes condamnées à une peine d'emprisonnement, une base solide au soutien de leurs revendications relatives à leur statut de personne incarcérée: processus disciplinaire,

4. *Id.*, p. 500. Propos du juge Lamer qui reprenait la position du juge Wilson dans *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 205. Voir également *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 52 (J. DICKSON), p. 89 (J. BEETZ). Voir également : P. GARANT, *loc. cit.*, note 2, pp. 385-386.

5. *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441, pp. 450 et ss.

6. *O'Brien c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1984] 2 C.F. 314, pp. 326-327.

transfèrement, libération conditionnelle, ségrégation administrative, réduction de peine, etc. Nous nous concentrerons plus particulièrement, dans ce rapport, sur l'impact de l'article 7 de la Charte sur le processus disciplinaire carcéral; les autres aspects feront l'objet d'autres recherches.

I. LES DROITS PROTÉGÉS PAR L'ARTICLE 7 ET LE PROCESSUS DISCIPLINAIRE CARCÉRAL

L'individu condamné à une peine d'emprisonnement est soumis à un code disciplinaire qui régit strictement sa vie dans l'institution de détention. Toute contravention à ce code peut entraîner des sanctions sévères qui pourront avoir des répercussions sur les conditions de sa détention. L'adoption de l'article 7 de la Charte a-t-elle eu une influence sur le processus disciplinaire carcéral?

A. LE DROIT À LA VIE

Le droit à la vie est le plus fondamental que l'on retrouve dans la Charte⁷. Cependant, la consécration de ce droit a peu d'impact en droit carcéral étant donné que ce dernier a pour objet la réglementation des conditions de détention d'une personne.

B. LE DROIT À LA LIBERTÉ

Le droit à la liberté est directement concerné dans le processus disciplinaire carcéral, lorsque des infractions sont susceptibles d'entraîner des sanctions telles que l'isolement cellulaire⁸, la perte de réduction de peine⁹, etc.

Il peut paraître étrange de parler de droit à la liberté pour des personnes purgeant des peines d'emprisonnement. Même si le détenu perd une grande partie de sa liberté par sentence d'emprisonnement, il conserve néanmoins une liberté résiduaire comprenant les droits et libertés qui ne lui ont pas été retirés expressément ou implicitement par la

7. *Maxie c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1985] 2 C.F. 163.

8. *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. chap. 1251, (mod. par DORS/85-640, *Gazette du Canada* Partie II, 1985, p. 3103, art. 38(8)e), (9)e).

9. *Id.*, art. 38(9)f).

loi¹⁰. Il y a donc des sanctions qui portent atteinte à cette liberté résiduaire et devant lesquelles le détenu peut se trouver impuissant à se protéger adéquatement. Le droit à la liberté de l'article 7 de la Charte englobe-t-il ce concept de liberté résiduaire d'une personne condamnée à une privation de liberté?

La Cour suprême du Canada a précisé, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la façon d'interpréter les dispositions de la Charte :

[...] l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*.¹¹

La détention ordonnée par un tribunal constitue une première atteinte à la liberté. Cette atteinte doit être interprétée restrictivement par rapport à la consécration constitutionnelle du droit à la liberté et ne saurait atteindre tous les aspects de la liberté. L'État ne peut s'immiscer facilement dans une sphère d'autonomie individuelle protégée par la Charte, comme le reconnaît la juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler*¹².

10. *Solosky c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 839; également *Martineau c. Comité de discipline de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, p. 622; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, p. 659. Le juge Le Dain est d'accord avec la position des juges McEachern et Anderson de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui ont entendu cette cause. La décision du directeur a eu des effets graves pour les détenus parce que leurs droits et privilèges résiduels ont été défavorablement touchés. *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, p. 641 : « L'incarcération dans une unité spéciale de détention, ou en ségrégation administrative [...] constitue une forme de détention qui est tout à fait distincte de celle imposée à la population carcérale générale. Elle entraîne une diminution importante de la liberté résiduelle du détenu. » *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459. Voir M. JACKSON, *Prisoners of Isolation : solitary confinement in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1983, 330p.; J.W. CONROY, « An Introduction to Canadian Prison Law », *loc. cit.*, note 2, pp. 7 et ss.

La trilogie *Cardinal*, *Morin* et *Miller* est très importante car la Cour suprême a donné au devoir d'agir avec équité en milieu carcéral une portée plus étendue et a traité d'importantes questions en matière d'*habeas corpus*. Dans l'arrêt *Cardinal*, la cour est allée beaucoup plus loin, en matière de contrôle du pouvoir discrétionnaire, en l'espèce celui du directeur d'un pénitencier, que les tribunaux américains (ex. : *Hewitt v. Helms*, (1983) 459 U.S. 460, 74 L Ed 2d 675), et anglais (*R. v. Deputy Governor of Camphill Prison, ex p. King*, [1985] Q.B. 735, [1984] 3 All E.R. 897 (C.A.)). Voir : J.M. EVANS, « Developments in Administrative Law : The 1985-86 Term », (1987) 9 *Supreme Court L.R.* 1, 10-31.

11. [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 (nos italiques).

12. *R. c. Morgentaler*, *supra*, note 4, p. 166.

Il ne fait aucun doute que les détenus sont des détenteurs légitimes de ce droit constitutionnel énoncé à l'article 7 même s'ils sont en captivité.

Cependant, cette liberté à l'intérieur des murs se distingue de celle des autres citoyens. Selon ce qu'enseignent tant les décisions canadiennes qu'américaines, il existe divers degrés de liberté, tous protégés, quoique différemment, par la règle de l'application régulière de la loi ou par les règles de justice naturelle ou fondamentale¹³.

Il y a atteinte à la liberté résiduaire d'un détenu quand celui-ci ne bénéficie plus de la liberté accordée aux détenus en général. Suivant la Cour fédérale, les détenus :

[...] ne doivent pas être privés de la liberté qui est accordée aux détenus en général, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas être punis ni être confinés dans « une prison au sein d'une prison ». ¹⁴

La Cour suprême précise dans *Dumas c. Centre de détention Leclerc* les formes de privation de liberté applicables aux détenus :

Dans le contexte du droit correctionnel, il existe trois sortes de privation de liberté : la privation initiale de liberté, une modification importante des conditions d'incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté et la continuation de la privation de liberté. ¹⁵

La jurisprudence ne considère pas que toutes les décisions affectant un détenu aient pour effet de réduire sa liberté résiduaire. On a identifié certains types de sanctions disciplinaires susceptibles d'affecter cette liberté, soient celles qui sont classées graves ou flagrantes ou bien intermédiaires, car elles sont susceptibles de se traduire par une déchéance de réduction de peine méritée ¹⁶ et un isolement cellulaire ¹⁷. La réduction de peine n'a jamais signifié un droit absolu pour le détenu d'être mis en liberté, mais le fait que la loi ne prévoit pas qu'il puisse la récupérer se traduit pour le détenu en une perte définitive et irrévocable du droit à une liberté anticipée, conditionnelle ou restreinte ¹⁸. L'isolement cellulaire,

13. *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, *supra*, note 1, p. 681. Voir également *Cadieux c. Établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378, p. 397; *Re Maltby et al. et A.-G. of Saskatchewan*, [1983] 143 D.L.R. (3d) 649, p. 655 (B.R. Sask.); *Pilon c. Yeomans*, [1984] 2 C.F. 932, p. 940.

14. *Russel c. Radley*, [1984] 1 C.F. 543, p. 569. L'expression « prison au sein d'une prison » est issue des motifs du juge Dickson dans *Martineau (n° 2)*, *supra*, note 10, p. 622.

15. [1986] 2 R.C.S. 459, p. 464 (J. LAMER).

16. *Règlement sur le service des pénitenciers*, *supra*, note 8, art. 38(9).

17. *Id.*, art. 38(8) et (9).

18. *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, *supra*, note 1, pp. 659 et ss. (J. THURLOW), p. 679 (J. MACGUIGAN).

quant à lui, est considéré comme une atteinte à la liberté et peut également, suivant les circonstances, être considéré comme une atteinte à la sécurité de la personne incarcérée :

On a dit que la liberté du détenu était en jeu parce que sa réduction de peine méritée était menacée, tout comme l'était sa sécurité car l'isolement cellulaire, appelé aussi isolement disciplinaire, était l'une des peines pouvant lui être imposées. Je fais mienne cette analyse dans la mesure où il est question de la liberté de l'appelant et cela suffit à mon avis aux fins des présentes.¹⁹

On peut ajouter à ces deux situations, qui sont susceptibles de porter atteinte à la liberté, les décisions de transférer un individu dans une institution à sécurité supérieure, celles de ne pas attribuer des jours de remise de peine au détenu, celles de ne pas accorder une libération conditionnelle et celles de placer le détenu en isolement administratif. Ces dernières décisions n'émanent pas du processus disciplinaire proprement dit, car elles ne sont pas prises par les autorités habilitées à imposer des sanctions disciplinaires. Toutefois, comme elles peuvent être prises suite à un rapport d'infraction ou à une condamnation disciplinaire, elles peuvent être assimilées à une punition indirecte et être considérées par les tribunaux comme une atteinte à la liberté résiduaire du détenu.

Le fait de transférer un détenu d'une institution à sécurité moindre à une autre institution à sécurité plus grande constitue effectivement une punition car c'est une diminution de sa liberté. Ce fait est reconnu par la jurisprudence.²⁰

Il existe donc plusieurs décisions issues du processus disciplinaire ou connexes à celui-ci, susceptibles de porter atteinte à la liberté résiduaire carcérale. Le détenu devra toutefois démontrer qu'il en a été privé contrairement aux principes de justice fondamentale.

C. LE DROIT À LA SÉCURITÉ

Le concept de sécurité de la personne est l'un des plus complexes et difficiles à préciser de toute la Charte. À l'heure actuelle on retrouve des positions aussi variées que celles interprétant l'article 7 comme incluant, outre le droit à la sécurité physique et mentale²¹, celui du droit à

19. *Id.*, p. 660. Pour un exemple d'un transfèrement affectant la sécurité de la personne voir *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218. Pour une illustration des effets que peuvent avoir les conditions de détention en isolement sur l'individu, voir l'arrêt *McCann c. R.*, [1976] 1 C.F. 570, et M. JACKSON, *Prisoners of Isolation : Solitary confinement in Canada*, *op cit.*, note 10.

20. *Collin c. Lussier*, *supra*, note 19, p. 229.

21. *R. c. Videoflicks*, [1985] 14 D.L.R. (4th) 10, p. 48 (Ont. C.A.); *Affaire intéressant la Loi sur l'immigration*, [1985] 2 C.F. 124. La Cour suprême considère que

la réputation²² ou à la protection économique²³. La Cour suprême dans *R. c. Morgentaler*²⁴ a éclairé un peu ce concept en reprenant l'opinion dissidente du juge Lamer dans *Mills c. R.*²⁵ :

[...] [la] sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] « un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante » [...] Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.²⁶

Suite à cet arrêt de la plus haute cour du pays on peut affirmer que le concept de « sécurité de la personne » a reçu une interprétation fort libérale. Même si sa portée n'est pas encore très claire, on peut quand même essayer d'évaluer son implication en droit pénal.

Premièrement, il ne fait aucun doute que les détenus soient détenteurs légitimes de ce droit constitutionnel.

Bien que les requérants soient détenus, leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne, compte tenu toutefois des conditions plus hasardeuses de la vie en prison, sont et demeurent tout aussi évidents que ceux de n'importe quelle autre personne.²⁷

La vie carcérale peut être assez féconde en circonstances susceptibles de porter atteinte à la sécurité physique et psychologique des détenus. On n'a qu'à penser à l'isolement disciplinaire imposé pour une longue période durant laquelle le détenu ne peut sortir de sa cellule qu'une heure par jour. Il est reconnu que l'isolement augmente l'anxiété

l'article 7 offre non seulement une protection contre les souffrances physiques mais également une protection contre les menaces de telles souffrances : *Singh c. M.E.I.*, *supra*, note 4, p. 207.

22. Les tribunaux penchent plutôt vers le rejet de cette protection : *MacBain c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 1 C.F. 696, p. 710, conf. par *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.), où la C.A.F. ne se prononce pas sur cette question.

23. *Re Workers' Compensation Bd. of Nova Scotia*, [1985] 12 D.L.R. (4th) 564 (C.S. N.-É); *Re Gershman Produce Co. and Motor Transport Board*, [1985] 14 D.L.R. (4th) 722 (Man. Q.B.); I. JOHNSTONE, « Section 7 of the Charter and Constitutionally Protected Welfare », *loc. cit.*, note 2. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, pp. 1001-1004 : l'expression « sécurité de sa personne » exclut les droits économiques généralement désignés par le terme « propriété » mais pourrait couvrir certains droits économiques, fondamentaux pour la vie de la personne et sa survie.

24. *Supra*, note 4.

25. [1986] 1 R.C.S. 863.

26. *Id.*, pp. 919-920, cité dans *R. c. Morgentaler*, *supra*, note 4, p. 55 (J. DICKSON), p. 173 (J. WILSON).

27. *Russell c. Radley*, *supra*, note 14, p. 569.

et le stress²⁸. Monsieur Richard R. Korn, directeur du Centre for the Study of Criminal Justice de Berkeley, Californie, considéré par la Cour fédérale comme un expert hautement qualifié, compare la mise à l'écart et les peines corporelles ainsi :

[...] il est prouvé que si vous tenez à l'écart une personne assez longtemps, elle va se livrer à des mutilations volontaires, simplement pour concentrer ses souffrances; alors il est évident que si les détenus trouvent un exutoire dans les tortures physiques qu'ils s'infligent, ils répondent à cette question.²⁹

Il n'est pas exagéré de prétendre, en l'absence d'arrêts précis sur ce point, que l'isolement disciplinaire peut dans certaines circonstances porter atteinte au droit à la sécurité des personnes incarcérées.

Une décision de transférer un détenu à un centre à sécurité plus élevée fut considérée comme portant atteinte à la sécurité de celui-ci. Ainsi dans *Collin c. Lussier*³⁰, le détenu s'opposait à son transfert à une institution à sécurité maximale au motif que cela constituait une menace à sa sécurité. Le détenu souffrait de troubles cardiaques et il plaidait que le mauvais encadrement médical de cette institution ainsi que le côtoiement d'individus dangereux lui causaient un stress et une anxiété supplémentaires susceptibles de provoquer un nouvel infarctus. La Cour fédérale arriva à la conclusion que dans les circonstances on avait porté atteinte au droit à la sécurité de cet individu :

[...] cette détention, en augmentant l'anxiété du requérant due à son état de santé, risque d'aggraver sa maladie et en le privant d'accès à des soins médicaux adéquats, elle porte atteinte effectivement à la sécurité de sa personne.³¹

La Cour d'appel a renversé cette décision en partie en statuant que rien dans la preuve ne permettait de dire que le transfèrement de Collin portait atteinte à la sécurité de sa personne³². La Cour n'élabore toutefois pas sur l'impact de la non-disponibilité des services médicaux sur la sécurité de cette personne. Même si la Cour d'appel fédérale a renversé le jugement, la Cour suprême du Canada a à deux reprises cité et approuvé la décision de première instance³³.

28. *McCann c. R.*, *supra*, note 19, p. 599 : le psychiatre de l'établissement, témoignant pour les autorités carcérales, a admis en contre-interrogatoire que la mise à l'écart faisait augmenter l'anxiété et le stress des détenus.

29. *Id.*, pp. 592-593 : il s'agissait plus particulièrement de mise à l'écart administrative en unité spéciale de détention (U.S.D.). Les effets sur les détenus peuvent être les mêmes en U.S.D. qu'en isolement disciplinaire : *Cardinal c. Dir. de l'établissement Kent*, *supra*, note 10, p. 653.

30. *Supra*, note 19; voir aussi : *Hay v. National Parole Board*, [1985] 13 *Adm. L.R.* 17 (C.F.).

31. *Collin c. Lussier*, *supra*, note 19, p. 239.

32. *Lussier c. Collin*, [1985] 1 C.F. 124, p. 125 (C.A.).

33. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, *supra*, note 4, p. 208; *R. c. Morgentaler*, *supra*, note 4, p. 105 (J. BEETZ).

À ce jour, on n'a que très rarement eu recours au droit à la sécurité prévu à l'article 7 dans les litiges impliquant le processus disciplinaire carcéral. Cependant, on peut s'attendre depuis l'arrêt *Morgentaler* de la Cour suprême, dans lequel la plupart des juges de la majorité ont accepté une interprétation extensive de ce concept, à ce que ce droit ait un impact plus considérable en droit carcéral.

II. LES PRINCIPES DE JUSTICE FONDAMENTALE

Les droits énumérés à l'article 7 de la Charte n'ont pas un caractère absolu. En effet, la deuxième partie du texte de l'article 7 permet de porter atteinte à la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne si cette décision ou la règle de droit en vertu de laquelle elle est prise, respectent les principes de justice fondamentale.

L'expression « principes de justice fondamentale » ne se retrouve pas dans l'article 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* de 1960. Celle-ci utilisait l'expression que l'on retrouve à la constitution américaine : le *due process of law*. Il faut se rappeler que cet article de la *Déclaration canadienne des droits* a été interprété restrictivement par la Cour suprême dans l'arrêt *Curr*³⁴ et qu'il se limitait à une protection procédurale : « cette interprétation restrictive s'est peu à peu diluée jusqu'à ne plus signifier que *according to law*³⁵.

Quels sont donc la portée et le sens de l'expression « principes de justice fondamentale » aujourd'hui? En common law les termes « justice fondamentale », « justice naturelle », *British justice*, ont toujours été considérés comme synonymes. Leur contenu repose sur deux principes de base : la règle *audi alteram partem* d'une part et la règle *nemo iudex in sua causa* d'autre part³⁶. Cette association des concepts de justice fondamentale et de justice naturelle a eu comme conséquence que beaucoup d'arrêts ont considéré que cette expression de l'article 7 signifiait la même chose que l'expression plus utilisée de justice naturelle issue de la common law³⁷. La Cour suprême dans le *Renvoi sur la Motor*

34. *Curr c. R.*, [1972] R.C.S. 889.

35. *Collin c. Lussier*, *supra*, note 19, p. 239; voir W. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, 2nd, Rev. edit., Toronto, McClelland and Stewart, 1975, pp. 234-235, et P. GARANT « Droits fondamentaux et justice fondamentale », *loc. cit.*, note 2, pp. 418-422.

36. *Collin c. Lussier*, *supra*, note 19, p. 240.

37. Voir à titre d'exemple : *Re Howard et Président du tribunal disciplinaire des détenus de Stony Mountain*, [1984] 8 C.C.C. (3d) 557, p. 567 (C.F.); *Jamieson v. Commr. of Corrections*, (1986) 51 C.R. (3d), p. 155 et les commentaires de Charlene C. Mandell sur cet arrêt aux pages 156 et 157.

*Vehicle Act (C.-B.)*³⁸ est venue préciser que cette association était erronée :

Pour ces motifs, j'estime qu'il serait erroné d'interpréter l'expression « justice fondamentale » comme synonyme de justice naturelle, comme le procureur général de la Colombie-Britannique et d'autres l'ont proposé. Ce faire aurait pour conséquence de dépouiller les intérêts protégés de tout leur sens ou presque et de laisser le « droit » à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne dans un état d'atrophie déplorable. Un tel résultat serait incompatible avec le style affirmatif et général dans lequel ces droits sont énoncés et également incompatible avec le point de vue que cette cour a adopté, en ce qui concerne l'interprétation des droits garantis par la *Charte*, dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 (le juge Estey), et dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité.³⁹

La Cour suprême est donc unanime à considérer que « les principes de justice fondamentale » visent plus que les règles de la justice naturelle développées par la common law. Cet arrêt est également venu clarifier une controverse entourant la portée de l'article 7, en déclarant unanimement que l'article 94 (2) du *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique était incompatible avec l'article 7 de la Charte : il est contraire aux principes de justice fondamentale qu'une infraction de responsabilité absolue soit assortie d'un emprisonnement automatique⁴⁰. La Cour opta pour la position voulant que l'article 7 ait, outre un contenu procédural, un contenu substantif. Toutefois la Cour ne semble pas vouloir limiter son application au droit criminel et pénal :

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.⁴¹

L'introduction d'un concept aussi nouveau dans le droit canadien ne vient pas faciliter la compréhension de cet article, d'autant plus que la Cour suprême a refusé de trop se compromettre. Le juge Lamer se contente de ceci :

En conséquence, on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7.⁴²

38. *Supra*, note 3, p. 486. Voir J.D. WHYTE, « Annotation : Ref. re S. 94(2), etc. [S.C.C.] », (1986) 48 C.R. (3d) 291; D. STRUARD, et A. MANSON « Annotation : Ref. re S. 94(2), etc. [S.C.C.] », (1986) 48 C.R. (3d) 295.

39. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 3, pp. 501-502, motifs du juge Lamer, qui a rendu le jugement majoritaire; le juge McIntyre est de la même opinion (p. 521); la juge Wilson partage également cet avis (pp. 530-531).

40. *Id.*, p. 515 (j. LAMER); p. 534 (j. WILSON).

41. *Id.*, p. 512 (j. LAMER).

42. *Id.*, p. 513.

Si on ne peut préciser le contenu exhaustif du concept de justice fondamentale, on doit quand même essayer de cerner son impact sur le processus disciplinaire carcéral et chercher à indiquer de quelle manière l'article 7 protège le détenu. À cette fin, il faut prendre pour point de départ la « justice naturelle » ou « l'équité procédurale » développées par la common law, car le concept de « justice fondamentale » comprend au moins la protection procédurale développée par la common law^{42a}. Le juge Thurlow de la Cour d'appel fédérale illustre ainsi ce qu'il considère comme une procédure respectant les principes de justice fondamentale :

Je tiens également à signaler qu'à mon avis, la norme à respecter pour répondre aux exigences de l'article [7] en matière de procédure, n'est pas nécessairement la procédure la plus parfaite, la plus subtile ou la plus élaborée qu'on puisse imaginer, mais simplement en fait une procédure qui soit fondamentalement équitable. Ce que cela exigera ne manquera pas de varier selon la situation particulière et la nature du dossier. Un tribunal impartial, la connaissance par la personne dont la vie, la liberté ou la sécurité sont menacées de l'accusation contre laquelle elle doit se défendre, une occasion raisonnable de se défendre et une décision prise à la lumière de la preuve produite à l'appui de l'accusation et de la défense présentée à l'encontre de cette accusation, sont autant de caractéristiques d'une telle procédure.⁴³

Le respect des principes de justice fondamentale consistera à accorder une protection procédurale proportionnelle à l'importance des intérêts en jeu. Ainsi lorsque les droits en cause sont de moindre importance, la protection procédurale pourra s'apparenter aux règles de l'équité procédurale, tandis que dans des circonstances plus graves elle pourra correspondre aux règles de justice naturelle traditionnelles.

L'applicabilité des principes de justice fondamentale ne dépend donc pas de la classification des fonctions, en qualifiant les décisions de judiciaires, quasi judiciaires ou administratives. En plus de ne pas cloisonner les garanties juridiques en fonction de la classification des fonctions et d'avoir un contenu plus étendu que les principes élaborés par la common law, la protection prévue à l'article 7 a l'avantage de ne pouvoir être réduite ou exclue par le législateur, sauf par dérogation expresse ou clause nonobstant, au sens de l'article 33 de la Charte; il n'y a toutefois aucune crainte que cela puisse se produire en matière carcérale

42a. Sur cette question, voir les propos de la juge Wilson aux pages 212 et 213 de l'arrêt *Singh c. M.E.I.*, *supra*, note 4; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 3, pp. 512-513; *Re Cadeddu and the Queen*, *supra*, note 1; *Collin c. Lussier*, *supra*, note 19. Voir également : P. GARANT, « Droits fondamentaux et justice fondamentale », *loc. cit.* note 2, p. 424; A.W. MACKAY, « Fairness After the Charter », (1985) 10 *Queen's L.J.* 263; F. O'CONNOR, « The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Parole in Canada », *loc. cit.*, note 2.

43. *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, *supra*, note 1, p. 661.

à moins qu'un jour les tribunaux poussent tellement loin la judiciarisation du processus disciplinaire que les prisons n'en deviennent inadmissibles.

Enfin, nous allons voir que l'article 7 a eu pour effet d'élever les standards en matière procédurale, en constitutionnalisant des règles qui jusqu'ici paraissaient plus aléatoires, malgré des progrès sensibles survenus depuis les années 80.

L'article 7 n'a toutefois pas qu'une portée purement procédurale. Mais comment peut-on transposer la justice fondamentale substantive en droit carcéral, cette « autre composante de notre système juridique », suivant l'expression même du juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*? Cela signifie, suivant le juge Dickson dans *Morgentaler*, que les lois, règlements et directives peuvent être révisés par les tribunaux :

J'estime sans aucun doute que l'art. 7 impose aux tribunaux le devoir d'examiner, au fond, des textes législatifs une fois qu'il a été jugé qu'ils enfreignent le droit de l'individu « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». ⁴⁴

Dans *Morgentaler*, deux autres juges de la majorité soutiennent qu'il y a violation de la justice fondamentale parce que la loi ne précise pas les critères que doivent appliquer les comités thérapeutiques ⁴⁵; cette absence de normes concerne manifestement le fond du droit plutôt que la procédure.

Dans le domaine particulier du droit carcéral, les tribunaux et plus spécialement la Cour fédérale hésitent à invalider une disposition législative au motif qu'elle est contraire à la justice fondamentale.

Bien que l'arrêt *Latham c. Solliciteur général du Canada* ait été rendu en 1984, soit avant le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, les griefs invoqués par l'avocate du détenu allaient tout à fait dans le même sens.

Elle soutient donc qu'une annulation totale de la réduction, quelle qu'en soit la durée, pour tout motif permettant la révocation de la libération conditionnelle, est [...] « draconienne » et va donc à l'encontre de la justice fondamentale. ⁴⁶

Toutefois le juge Strayer soutient que l'article 7 n'a qu'une portée procédurale; il ne permet pas au juge d'apprécier le caractère déraisonnable ou injuste de l'article 20 de la loi.

44. *R. c. Morgentaler*, *supra*, note 4, p. 53.

45. *Ibid.*

46. [1984] 2 C.F. 734, p. 750; aussi *Re Mason and the Queen*, [1984] 1 D.L.R. 712 (H.C. Ont.).

Dans *Litwack c. Commission des libérations conditionnelles*⁴⁷, la Cour fédérale fut d'avis que la substance d'une décision déraisonnable pouvait faire l'objet d'un contrôle sous l'article 7 de la Charte.

Dans *Blaquière c. Directeur de l'établissement de Matsqui*⁴⁸, le juge Collier a annulé la décision du comité disciplinaire en reconnaissant qu'une peine de cette sévérité donnait le droit au détenu de se faire entendre; l'appelant avait été condamné par le comité à trente jours d'isolement disciplinaire (U.S.D.) et à l'annulation de trente jours de réduction de peine méritée. Le juge n'a pas cru bon de débattre du caractère déraisonnable ou non de la sanction.

Dans *Dion c. P.G. du Canada*⁴⁹, la Cour supérieure du Québec déclara nuls et inopérants les articles 39i.1) et 41.1 du *Règlement sur le service des pénitenciers*. Ces articles prévoyaient notamment que, lorsqu'il est jugé nécessaire, un détenu devra soumettre des échantillons d'urine pour analyse. Ces articles interdisent la consommation de substances hallucinogènes, ce qui limite le droit à la liberté et à la sécurité garanti par l'article 7. Selon la cour, ce pouvoir absolu des autorités carcérales d'exiger un échantillon sans que le détenu puisse se prémunir contre les abus dont il peut être la victime, a pour conséquence de violer la justice fondamentale de l'article 7 de la Charte. Il s'agit du cas le plus frappant où la justice fondamentale substantive fut appliquée.

Le milieu carcéral a des particularités qui rendent difficile pour les tribunaux l'application de la justice fondamentale substantive. Suivant l'arrêt *Martineau n° 2* :

La nature même d'un établissement carcéral requiert que des décisions soient prises « sur-le-champ » par les fonctionnaires et le contrôle judiciaire doit être exercé avec retenue. Une intervention ne sera pas justifiée dans le cas d'incidents triviaux ou purement théoriques.⁵⁰

Même si cet arrêt est antérieur à la Charte, il n'est pas exclu de penser que les tribunaux afficheraient la même prudence en matière de contrôle substantif.

Ajoutons, en terminant, qu'en matière de libération conditionnelle, l'étendue des pouvoirs accordés à la Commission rend également difficile pour les tribunaux le contrôle de la raisonnable des décisions. Dans *Maxie c. Commission nationale des libérations conditionnelles*⁵¹, la Cour fédérale confirme que la *Loi sur la libération conditionnelle de*

47. *Litwack c. Commission des libérations conditionnelles*, C.F. 27 février 1986, n° T-2080-85.

48. C.F. 28 juin 1983, n° T-1305-83 (j. COLLIER); [1984] 6 C.C.C. (3d) 293.

49. [1986] R.J.Q. 2196 (C.S.).

50. *Martineau (n° 2) c. Comité de discipline des détenus de l'institution de Matsqui*, *supra*, note 10, p. 630.

51. [1987] 1 C.F. 617; aussi *MacDonald c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1986] 3 C.F. 157.

détenus accorde exclusivement à la Commission la compétence pour accorder, refuser, octroyer ou révoquer la libération conditionnelle.

III. LES MODALITÉS D'APPLICATION DE LA JUSTICE FONDAMENTALE À LA PROCÉDURE DISCIPLINAIRE

Comme nous l'avons vu précédemment, ce sont les infractions classées graves ou flagrantes et intermédiaires qui sont susceptibles de porter atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne incarcérée, car elles peuvent être sanctionnées par une déchéance de réduction de peine méritée ou par un isolement disciplinaire.

Les exigences procédurales conçues pour que la justice ne soit pas rendue d'une manière arbitraire tournent autour de deux règles de base : la règle *audi alteram partem* (le droit d'être entendu) et la règle *nemo iudex in sua causa* (le droit au traitement impartial de sa cause). Ces règles n'ont pas la même rigueur en matière disciplinaire qu'en matière criminelle et elles ne sont pas appliquées avec la même vigueur dans tous les litiges disciplinaires.

Un détenu, face au processus disciplinaire carcéral, peut revendiquer plusieurs garanties procédurales découlant des deux règles de base, telles que le droit d'être avisé, le droit à une audition à laquelle il pourra assister, le droit de faire valoir ses moyens, le droit à la représentation par avocat, le droit de consulter le dossier, le droit de convoquer des témoins, le droit au contre-interrogatoire, le droit à certaines règles de preuve, le droit à un ajournement, le droit à une décision motivée, etc. Aucun de ces droits n'a un caractère absolu. Il faut que le détenu, victime d'une atteinte à sa liberté ou à sa sécurité, démontre que dans les circonstances particulières du litige on doit lui accorder ce droit.

A. LE DROIT DE CONNAÎTRE LES FAITS REPROCHÉS

En ce qui concerne le droit pour une personne incarcérée de connaître ce qu'on lui reproche, soit de recevoir un avis avant qu'une décision ne soit prise relativement à son comportement, on peut se référer autant aux arrêts antérieurs que postérieurs à la Charte. Les règles développées sous le devoir d'agir équitablement continuent de s'appliquer sous l'article 7 de la Charte, car la justice fondamentale englobe et intègre les principes d'équité procédurale. De toute façon, comme le soulignait le juge MacGuigan, dans l'arrêt *Howard* :

La base la plus sûre pour se prononcer en l'espèce semble être cette assise commune à la justice naturelle applicable aux procédures quasi judiciaires et à l'équité applicable aux décisions de nature administrative [...].⁵²

52. *Supra*, note 1, p. 675.

L'équité procédurale exige que celui qui aura à prendre une décision affectant les droits d'un individu l'avise de ce qu'on lui reproche afin qu'il puisse être en mesure de préparer une défense⁵³. On peut reprendre les propos du juge Le Dain concernant l'exigence d'un avis, dans *Cardinal et Oswald c. Directeur de l'établissement Kent*, même si dans cette affaire il s'agissait d'une décision de ségrégation administrative; le juge assimile l'isolement disciplinaire et administratif aux détentions sévères et restrictives par opposition à celles imposées à la population carcérale générale :

[...] à cause des effets graves de la décision du directeur pour les appelants, l'équité dans la procédure exigeait qu'il leur fasse connaître les motifs de sa décision prochaine et leur donne la possibilité, même de façon informelle, de lui présenter des arguments relatifs à ces motifs et à la question générale de savoir s'il était nécessaire ou souhaitable de maintenir leur ségrégation pour assurer l'ordre et la discipline dans l'établissement.⁵⁴

L'équité procédurale exigeant qu'on avise le détenu, c'est à l'administration carcérale qu'il revient de démontrer, lorsqu'aucun avis ne lui fut adressé, que le détenu a renoncé à la réception de cet avis⁵⁵.

Afin de satisfaire à cette obligation procédurale, il est insuffisant de simplement reprendre les termes du texte de l'infraction disciplinaire⁵⁶. Un avis imprécis, équivoque et incomplet sera insuffisant et pourra être cassé⁵⁷. Le juge Addy, dans l'arrêt *Blanchard*, considère que l'avis doit au moins contenir les faits qu'on lui reproche, la preuve et la nature de la preuve retenue contre le détenu⁵⁸.

53. *Martineau (n° 2)*, *supra*, note 10, p. 624; *Cardinal et Oswald c. Directeur de l'établissement Kent*, *supra*, note 10, p. 649; *Cadioux c. Mountain Institution*, *supra*, note 13, p. 389; *Blanchard c. Comité de discipline de l'établissement de Millhaven*, [1983] 1 C.F. 309, p. 311; *R. c. Chester*, (1984) 5 *Admin L.R.* 111, p. 145 (H.C. Ont.); *Lasalle c. Leclerc Inst. Tribunaux*, (1984) 5 *Admin. L.R.* 23, p. 31 (C.F.); *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74, p. 76 (C.A.). Voir également F.C. O'CONNOR, « The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Parole in Canada », *loc. cit.*, note 2, pp. 370-380; A. MANSON, « Administrative Law Developments in the Prison and Parole Contexts », *loc. cit.*, note 2, pp. 152-153; J.W. CONROY, « An Introduction to Canadian Prison Law », *loc. cit.*, note 2, pp. 55-58.

54. *Cardinal et Oswald c. Directeur de l'établissement Kent*, *supra*, note 10, p. 659.

55. *Lasalle c. Leclerc Inst. Tribunaux*, *supra*, note 53, p. 31.

56. *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, *supra*, note 53, p. 77.

57. *Latham c. Solliciteur général du Canada*, *supra*, note 46, p. 743. *R. c. Chester*, *supra*, note 53, p. 149; le juge Holland considéra contraire à l'article 7 et aux règles procédurales de l'équité l'avis qui mentionne certains faits, alors que d'autres faits soutiennent la décision.

58. *Blanchard c. Comité de discipline de l'établissement de Millhaven*, *supra*, note 53. Dans *Demaria*, *supra*, note 53, le juge Hugessen de la C.A.F. énonce un critère plus vague quant au contenu de l'avis : il doit contenir le plus de détails possible, sinon le droit de répondre est illusoire.

S'il existe des documents, rapports, témoignages écrits, ou autre matériel sur lesquels l'administration se base pour prétendre que le détenu a commis une inconduite disciplinaire, le détenu doit-il être autorisé à les consulter? Antérieurement à la Charte, on estimait que la règle de l'équité n'exigeait pas toujours la communication de tous les renseignements. L'article 7 de la Charte canadienne exige-t-il une norme plus élevée⁵⁹? Dans l'affaire *R. c. Chester*, l'administration pénitentiaire avait avisé Chester que la décision de le transférer dans un U.S.D. était basée sur certains faits particuliers mais on n'avait pas mentionné que sa « feuille de route » avait beaucoup influencé la décision; le juge Holland, sur ce point, statue que les principes de justice fondamentale sont respectés si :

[...] the notice, in order that it be a fair notice to Chester of the matters to be reviewed, should have included, at least, a comprehensive listing of the available material to be considered and a summary of the contents of such material. I say « at least » because otherwise, Chester or any other inmate who is such a candidate will not know that to which he (or she) is to respond.⁶⁰

Le juge Holland cassa la décision de transfèrement du détenu car l'avis était insuffisant; il contrevenait ainsi au devoir d'équité procédurale et à l'article 7 de la Charte. Il est fréquent que devant une allégation d'insuffisance de l'avis l'administration plaide le caractère confidentiel des informations qui n'ont pas été divulguées. La non-divulgaration d'informations est une restriction à la règle *audi alteram partem* qui peut être justifiée dans l'intérêt public. La situation particulière du milieu carcéral exige, pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, que certains renseignements ou l'identité d'informateurs ne soient pas révélés aux détenus⁶¹. Cependant, il est insuffisant, lorsqu'on examine les règles

59. *Cadieux c. Établissement Mountain*, *supra*, note 13, p. 390.

60. *R. c. Chester*, *supra*, note 53, p. 146. Pour une affaire similaire voir l'arrêt *Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255, p. 267. Le juge McNair invalide la décision de transfèrement du détenu parce que l'avis omettait d'indiquer un élément soumis au Comité régional d'étude des demandes de transfert. Par contre, le juge trouve inacceptable d'imposer aux autorités pénitentiaires de fournir des copies du rapport récapitulatif ou autres documents défavorables à l'égard du détenu.

61. Voir l'étude de cette question, en relation avec l'article 7, par la juge Reed dans *Cadieux c. Établissement Mountain*, *supra*, note 13, p. 397. Concernant le principe de common law interdisant la divulgation des informateurs voir l'arrêt *Gill c. Canada*, C.F. 17 mars 1988, n° T-186-88 (J. MULDOON); [1988] 3 C.F. 361. Le juge Muldoon fait un exposé de ce principe en appliquant les propos du juge Beetz dans *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60. Il fait clairement ressortir que ce principe de non-divulgaration est essentiel à l'efficacité de l'application des lois liée à la protection contre les représailles à l'endroit des informateurs. Le juge Muldoon précise que la Charte canadienne n'a pas atténué l'application de ce principe de common law (pp. 5 et ss.). Le juge Muldoon rappelle la raison pour laquelle il faut que l'identité des informateurs soit protégée : « La raison qui justifie la règle du secret est limpide, et elle vaut pour toutes les sociétés

de justice fondamentale, de répondre simplement que les renseignements sont confidentiels; il incombe à l'autorité de démontrer que la non-divulgaration est nécessaire⁶² :

Il ne fait naturellement aucun doute que les autorités étaient justifiées de ne pas divulguer des sources de renseignement confidentielles. Un pénitencier n'est pas un établissement pour enfants de cœur et, si certains renseignements provenaient d'indicateurs (le dossier en l'espèce ne permet de tirer aucune conclusion à ce sujet), il est important que ces derniers soient protégés. Mais, même si cela était le cas, il devrait toujours être possible de transmettre l'essentiel des renseignements tout en ne dévoilant pas l'identité de l'indicateur. Il incombe toujours aux autorités d'établir qu'elles n'ont refusé de transmettre que les renseignements dont la non-communication était strictement nécessaire à de telles fins.⁶³

En règle générale, le détenu est en droit de connaître l'essentiel des motifs qui servent de fondement à une peine disciplinaire, sans quoi il ne sera pas en mesure de faire valoir ses moyens. Mais ce droit n'implique pas nécessairement le droit de savoir de qui viennent les informations, d'exiger la communication de tous les documents ou de connaître tous les détails⁶⁴. À la limite, il peut arriver que le président du tribunal disciplinaire puisse utiliser des informations dont l'essentiel n'aurait pas été communiqué au détenu; toutefois, ces situations paraissent être exceptionnelles :

À mon avis, rares sont les cas où le détenu ne peut être informé de l'essentiel au moins des motifs retenus contre lui. Ce serait notamment le cas si les actes reprochés avaient été commis à l'extérieur de l'établissement lorsque le détenu était en liberté. Toutefois, je peux plus facilement concevoir certaines situations dans lesquelles il peut être nécessaire de refuser de divulguer même l'essentiel des arguments qui lui sont opposés lorsque les renseignements se rapportent à la conduite survenue à l'intérieur de l'établissement. Cela pourrait être nécessaire si le contenu des renseignements était tel que leur divulgation permettrait automatiquement d'identifier l'informateur. [...] Un tel refus pourrait également être nécessaire si la divulgation entraînait automatiquement le dévoilement des méthodes utilisées pour obtenir des renseignements et par contrecoup devait ainsi gêner considérablement le fonctionnement futur de la Commission.⁶⁵

civilisées, celles qui sont libres et démocratiques comme le Canada et celles qui sont totalitaires, comme bien d'autres pays dans le monde. Elle consiste dans la crainte des représailles, tout à fait réelle et justifiée, qui existe dans toute société agressive, en l'espèce la population d'un établissement pénitentiaire à sécurité maximale » p. 8. Voir aussi l'arrêt *Gallant c. Canada*, C.F., 2 mars 1988, n° T-187-88 (J. DUBÉ). La faible qualité des informations fournies au détenu aux fins de protéger l'identité des informateurs était telle que le juge Dubé remarqua qu'on s'attendait du détenu qu'il lutte contre six fantômes.

62. *Cadieux c. Établissement Mountain*, *supra*, note 13, p. 399.

63. *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, *supra*, note 53, pp. 77-78.

64. *Cadieux c. Établissement Mountain*, *supra*, note 13, p. 399.

65. *Id.*, pp. 397-398.

Le fait qu'un renseignement fut obtenu à titre confidentiel n'est pas suffisant pour justifier la non-divulgence⁶⁶. La non-divulgence de l'essentiel des motifs retenus doit être justifiée par la nature du renseignement; il doit y avoir un lien entre son contenu et la protection de l'intérêt public que doit assurer la non-divulgence⁶⁷.

La juge Reed, dans *Cadieux c. Établissement Mountain*⁶⁸, est d'opinion que la décision de ne pas divulguer des informations aux détenus revient aux tribunaux. Elle associe cette procédure à celle élaborée en common law dans les affaires relatives aux privilèges. Celui qui revendique la non-divulgence devrait être prêt à produire devant la cour les documents en litige au moyen d'une enveloppe scellée accompagnée d'une explication des raisons justifiant la non-divulgence. La juge considère qu'on ne peut s'attendre à ce qu'un détenu se fie uniquement à la parole des autorités carcérales⁶⁹.

B. LE DROIT DE FAIRE VALOIR SES MOYENS

Le *Règlement sur le service des pénitenciers* prévoit à l'article 38(3) (modifié par le DORS/85-640, art. 2) qu'un détenu ne peut être puni qu'après une audition tenue en sa présence, sauf si sa présence est susceptible de nuire à la sécurité ou au bon ordre de l'institution, s'il dérange la conduite de l'audition ou s'il renonce par écrit à être présent⁷⁰. L'article 38(4) tel que modifié énonce que le détenu présent à l'audition a le droit d'être informé des délibérations sur sentence tenues en son absence et de faire entendre son point de vue avant qu'une décision ne soit rendue.

Le détenu s'est donc vu reconnaître législativement le droit à une audition. Or, le droit de faire valoir ses moyens exige, dans certaines circonstances, la mise au point de règles de procédure qu'on retrouve devant les instances judiciaires ou quasi judiciaires, ce à quoi s'emploie la Directive 540 qui fixe le déroulement de l'instance. Premièrement, le président a l'obligation de vérifier si le détenu comprend l'avis d'accusation et s'il a besoin des services d'un interprète⁷¹. Deuxièmement, le détenu peut présenter ses moyens après l'audition des témoins produits par l'Administration⁷². Enfin, le détenu peut interroger les témoins par

66. *Id.*, p. 399.

67. *Id.*, p. 401.

68. *Id.*, p. 402.

69. *Ibid.*

70. *Règlement sur le service des pénitenciers, supra*, note 8, art. 38(6). Les paragraphes 15 et 16 de D.C. n° 540 reprennent le contenu de l'article 38(3) du R.S.P.

71. D.C. 540, paragraphes 17 et 18.

72. D.C. n° 540, paragraphe 19.

l'entremise du président, qui décide en dernier ressort des questions qui peuvent être posées⁷³.

Le règlement et les directives du Commissaire reconnaissent plusieurs droits procéduraux aux détenus fédéraux. Théoriquement le Parlement, le gouverneur en conseil et le Commissaire peuvent soit augmenter, soit diminuer le contenu de ces droits procéduraux. Toutefois, l'avènement de l'article 7 de la Charte est venu limiter ce pouvoir de modifier à la baisse les droits procéduraux en matière disciplinaire.

Il n'y a plus de doute que le détenu a le droit d'être entendu⁷⁴, plus précisément celui de présenter sa version des faits et de réfuter la preuve présentée contre lui. Ce droit d'être entendu est considéré comme une exigence essentielle et minimale du devoir d'agir équitablement. Le corollaire de ce droit est l'obligation qui est faite au tribunal d'écouter et de considérer attentivement ce que le détenu a à dire sur les questions en litige⁷⁵.

Lorsque la liberté ou la sécurité du détenu sont en jeu, le droit à une défense adéquate implique-t-il, pour être conforme aux principes de justice fondamentale, le droit à une audition formelle avec tout ce que cela implique : production de preuves testimoniales, contre-interrogatoire des témoins à charge, règles de preuve, représentation par avocat, etc.

C. LE DROIT À UNE AUDITION ÉQUITABLE

Dans *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*⁷⁶, il était question d'une décision du directeur de l'établissement de laisser le détenu Cardinal et d'autres en ségrégation administrative (art. 40 R.S.P.) malgré les recommandations à l'effet contraire du comité d'examen des cas de ségrégation. Avant de prendre cette décision, le directeur n'avait pas informé les détenus des motifs de son refus, [ni ne leur avait] accordé la possibilité de se faire entendre sur cette décision. Le juge Le Dain, rendant le jugement pour la cour, fait la remarque suivante :

73. D.C. n° 540, paragraphes 22-25.

74. *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, *supra*, note 10, pp. 659-660; *Blanchard c. Le Comité de discipline de l'établissement de Millhaven*, *supra*, note 53; *Cadieux c. Établissement Mountain*, *supra*, note 13, *Re Mason and The Queen*, *supra*, note 46 et (1984) 43 O.R. (2d) 321, p. 324 (H.C.).

75. *Cardinal*, *supra*, note 10, pp. 659-660 : obligation de recevoir toutes preuves pertinentes; *Blaquière c. Directeur de l'établissement de Matsqui*, *supra*, note 48 : droit d'être entendu sur la peine; *Blanchard c. Le Comité de discipline de l'établissement de Millhaven*, *supra*, note 53, p. 311 : la personne responsable de la tenue de l'enquête doit étudier les deux versions de l'affaire.

76. *Supra*, note 10.

[...] qu'à cause des effets graves de la décision du directeur pour les appelants, l'équité dans la procédure exigeait qu'il leur fasse connaître les motifs de sa décision prochaine et leur donne la possibilité, même de façon informelle, de lui présenter des arguments relatifs à ces motifs et à la question générale de savoir s'il était nécessaire ou souhaitable de maintenir leur ségrégation pour assurer l'ordre et la discipline dans l'établissement.⁷⁷

Un peu plus loin, le juge Le Dain précise ce qu'il entend par une possibilité, même informelle, de présenter ses moyens :

[...] j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.⁷⁸

Quel contenu procédural le droit à une « audition équitable » implique-t-il? Premièrement, ce droit inclut-il le droit à une présentation orale des arguments? D'une manière générale, quelle forme prendrait l'audition disciplinaire fondamentalement équitable? Il est reconnu par la common law que le droit à une audition formelle n'est pas un droit absolu. En effet, ce droit n'est pas exigé par l'équité procédurale. Il suffit que l'administré ait eu l'occasion de faire valoir son point de vue; les exigences à respecter en matière d'équité procédurale peuvent varier selon les circonstances⁷⁹.

En matière disciplinaire, quelle étendue doit-on accorder à l'occasion de faire valoir son point de vue pour que l'audition soit équitable? Il est peut-être utile pour répondre à cette question d'anticiper un peu sur ce que nous dirons plus loin; nous verrons que la représentation par avocat n'est pas essentielle à une défense adéquate lorsque la preuve est basée sur les faits entourant l'inconduite. L'infraction disciplinaire est basée sur la relation des faits par les témoins de l'inconduite. Une défense adéquate est-elle alors possible sans audition formelle?

La juge Wilson, dans l'arrêt *Singh c. M.E.I.*, énonce ainsi les exigences de l'article 7 de la Charte dans de telles circonstances :

Je ferai cependant remarquer que, même si les auditions fondées sur des observations écrites sont compatibles avec les principes de justice fondamentale

77. *Id.*, p. 659.

78. *Id.*, p. 661.

79. P. GARANT, *Droit administratif*, 2^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1985, p. 725. *Martineau (n° 2)*, *supra*, note 10, p. 630; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, *supra*, note 4, p. 213; *Cadieux c. Établissement Mountain*, *supra*, note 13, p. 390 : « En vertu de la règle de l'équité, un requérant n'a pas le droit à une audition en personne. »

pour certaines fins, elles ne donnent pas satisfaction dans tous les cas. Je pense en particulier que, lorsqu'une question importante de crédibilité est en cause, la justice fondamentale exige que cette question soit tranchée par voie d'audition. [...] Je puis difficilement concevoir une situation où un tribunal peut se conformer à la justice fondamentale en tirant, uniquement à partir d'observations écrites, des conclusions importantes en matière de crédibilité.⁸⁰

Il appert de cet arrêt que la justice fondamentale exige que le tribunal reçoive les témoignages oralement lorsque les observations écrites ne permettent pas d'évaluer la crédibilité des témoins.

D. LE DROIT D'ÊTRE PRÉSENT LORS DE L'AUDITION DISCIPLINAIRE

Dans *Lasalle c. Tribunal disciplinaire de l'Institution Leclerc*⁸¹, le juge Walsh a invalidé les décisions du comité disciplinaire parce qu'il avait reçu le témoignage du gardien, auteur du rapport de manquement, en l'absence du détenu. Le juge Walsh en vint à la conclusion qu'en agissant ainsi le comité avait manqué à son devoir d'équité procédurale. On retrouve la même obligation, soit de ne procéder qu'en présence du détenu, dans d'autres arrêts :

In my opinion, one of the requirements of fundamental justice was that the petitioner should have been present in person throughout the hearing [...] [...]

The exclusion of the petitioner from the initial 10 minutes of the hearing and the implication in the Board's letter of June 15, 1983, that the revocation of parole was not based solely on the petitioner's sloppy reporting habits but upon some other considerations which have not been revealed to the petitioner and which he has not had the opportunity of answering, leads me to conclude that there has been a significant departure from the principles of fundamental justice.⁸²

Le droit d'être présent à l'audition découle du droit de faire valoir ses moyens qui ne peut être efficacement exercé que lorsque le détenu a connaissance des preuves présentées contre lui. Toutefois, il peut arriver, dans certaines circonstances, que ce droit doive céder le pas devant certains intérêts jugés supérieurs. C'est le cas notamment lorsque

80. *Supra*, note 4, pp. 213-214.

81. *Supra*, note 53.

82. *Re Martens and The Queen*, (1984) 8 C.C.C. (3d) 336, pp. 342-343 (C.S. C.B.); voir également *Re Cadeddu and The Queen*, *supra*, note 1; *Latham c. Solliciteur général du Canada*, *supra*, note 46; *Re Lowe and The Queen*, [1983] 5 C.C.C. (3d) 535 (C.S. C.-B.). Sur le droit d'être présent devant la Commission des libérations conditionnelles, voir : F.C. O'CONNOR, « The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Parole in Canada », *loc. cit.*, note 2, pp. 364-370.

le tribunal prend connaissance de certains rapports ou témoignages concernant le détenu, et que la connaissance de leur contenu par ce dernier pourrait mettre en danger la sécurité de l'institution ou d'un informateur⁸³. Néanmoins, le fait de ne pas être présent lors de la présentation de ces témoignages ou de ces documents ne lui enlève pas le droit d'être mis au courant, lors de son retour devant le tribunal, de la substance des éléments qui ont été portés à la connaissance du président concernant l'inconduite.

Toutefois, au retour de la requérante et de son procureur dans la salle d'audience, lorsqu'ils ont été informés des facteurs sur lesquels l'intimée s'est fondée pour rendre sa décision sur la sentence, l'obligation d'agir équitablement à laquelle l'intimée était tenue exigeait qu'elle permette à la requérante de répondre aux renseignements qui ont influencé ou persuadé l'intimée ou de les réfuter. Cela ne signifie pas que la requérante devait être informée de tous les détails des débats, ni qu'il fallait lui divulguer l'identité des sources de renseignements confidentielles. Mais si l'intimée s'est fondée sur certains renseignements pour conclure que l'isolement disciplinaire constituait une peine appropriée, il me semble que la requérante avait le droit d'être informée de tous les faits considérés pertinents et de réfuter les renseignements sur lesquels l'intimée s'est fondée.⁸⁴

E. LE DROIT D'INTERROGER ET DE CONTRE-INTERROGER

Outre le droit d'être présent lors de l'audition, le détenu a-t-il le droit d'interroger ou de contre-interroger les témoins qui viennent relater les faits entourant l'incident disciplinaire? Le processus disciplinaire repose presque exclusivement sur des questions de fait; la recherche de la vérité dans ce domaine repose en grande partie sur la crédibilité des témoins.

Dans *Blanchard c. Le Comité de discipline de l'établissement de Millhaven*, la Cour fédérale est d'avis que l'équité exige que :

Lorsque la preuve est constituée de témoignages, il faut, pour respecter cette obligation, que le prisonnier soit présent et puisse avoir une possibilité de contre-interroger ou d'interroger tout témoin, à moins de circonstances exceptionnelles qui rendent presque impossible ou très difficile la tenue de cette audition, telle une conduite délibérément obstructive de la part de la personne intéressée.⁸⁵

Quelques mois plus tard, la High Court d'Ontario, dans *R. c. Desroches*⁸⁶, est arrivée aux mêmes conclusions, mais elle fut plus

83. *Bull c. MacLeod*, C.F., n° T-2072-86, 5 décembre 1986 (J. ROULEAU).

84. *Id.*, pp. 5-6. Aussi, *Ambrose c. Timms*, C.F. n° T-2210-88, 6 janvier 1989 (j. JEROME).

85. *Supra*, note 53, p. 311.

86. (1984) 5 *admin. L.R.* 1.

précise sur l'importance de ce droit. Il faut noter que la cour est devant un processus disciplinaire provincial dont l'enquête est qualifiée, dans les textes législatifs, d'*interview* et non d'audition disciplinaire. Cela n'empêche pas la cour de statuer que l'administration avait violé son devoir d'équité procédurale en ne donnant pas l'opportunité au détenu d'interroger les personnes qui ont dénoncé son inculpation. La cour considère ce déni d'équité comme étant une « sévère injustice », elle s'explique ainsi :

The statement that only the applicant had the opportunity to cause the damage depends for its validity on the accuracy or correctness of the correctional officers' assertions that the cell was in good order before the applicant's departure for Court on November 12, 1982, and that the cell door was locked at all times, making it impossible for anyone else to enter it in the applicant's absence. The purpose of the right to question the person or persons who made the allegation is to test the accuracy or correctness of those assertions and the applicant was deprived of that right.⁸⁷

Dans une affaire récente⁸⁸, la Cour fédérale a précisé que le droit à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire impliquait que si le tribunal recevait en preuve un document concernant l'inculpation, son auteur devait être disponible pour un contre-interrogatoire. À défaut, le tribunal disciplinaire ne devait pas recevoir ce document :

Rien à mon avis, ne saurait davantage saper le principe de l'équité [...] que cette pratique, réelle ou apparente, d'avoir recours à des rapports écrits de caractère privé, émanant de fonctionnaires de l'établissement, pour contrer la preuve d'un détenu ou de ses témoins. S'il apparaissait néanmoins nécessaire de recourir à des rapports de cette sorte afin de faire la preuve des aveux d'un détenu ou de faits reliés à des incidents, il faudrait alors, à tout le moins, fournir à l'avance les documents au détenu et s'assurer que leur auteur soit disponible pour un contre-interrogatoire; ou bien, il faudrait exiger que le fonctionnaire introduise lui-même en preuve le contenu de son rapport, toujours sujet à contre-interrogatoire.⁸⁹

F. LES AJOURNEMENTS

La Directive 580 intitulée « mesures disciplinaires prévues à l'endroit des détenus » prévoit au paragraphe 14 que le président du tribunal peut ajourner une audience au besoin. Toutefois, si cela entraîne des délais déraisonnables l'accusation peut être rejetée. Le contenu de la

87. *Id.*, p. 13. Voir également *Gosselin c. Bouwman*, C.F. 15 avril 1987, n° T-496-87 (J. STRAYER), p. 4 : le juge Strayer considère que cette exigence est *highly desirable*.

88. *Chalk c. Canada*, C.F. n° T-494-87, 15 avril 1987 (J. STRAYER).

89. *Id.*, p. 3. Sur ces questions voir également *Gingras c. La Reine*, C.F. n° T-888-87, 7 mai 1987 (J. CULLEN), p. 3 : « À mon avis rien ne porte à croire qu'il y a eu manquement à l'obligation d'équité. Le requérant était présent à l'audience, il a pu interroger les témoins, convoquer des témoins et témoigner lui-même [...] ».

directive est conforme aux exigences procédurales de la common law. En effet, on reconnaît que la règle *audi alteram partem* peut dans certaines circonstances requérir que le tribunal ajourne l'audience afin de permettre la production d'une preuve, ou une défense adéquate de la personne poursuivie. Cette dernière doit cependant ne pas avoir contribué à se placer dans cette situation. Le président du tribunal disciplinaire étant maître de sa procédure, c'est à lui qu'il revient d'examiner si les circonstances exigent qu'un ajournement soit accordé.⁹⁰

La Cour d'appel fédérale, dans *Morgan c. C.N.L.C.*⁹¹, a considéré que la Commission avait manqué à son devoir d'équité procédurale, non pas en refusant une requête pour ajournement, mais en n'ayant pas offert elle-même d'ajourner. Il faut préciser qu'en l'espèce les circonstances étaient particulières. En effet, l'avis ne contenait pas toutes les infractions que l'on reprochait au détenu en libération sous conditions. Cette omission prenait le détenu par surprise, car il ne savait pas que la Commission allait prendre en considération, outre la contravention aux conditions de sa libération, des accusations criminelles. Il ne fait aucun doute que lorsqu'un détenu n'est pas au courant de ce qu'on lui reproche, son droit de faire valoir ses moyens est en péril. La cour conclut ainsi :

En l'absence de tout préavis, la Commission n'aurait pas dû attendre que l'appelant fasse opposition; elle aurait dû lui offrir d'elle-même d'ajourner pour lui permettre d'examiner sa position à cet égard. À mon avis, il était manifestement inéquitable d'instruire cette question sans préavis ni offre à l'appelant d'ajourner pour réexamen de sa situation.⁹²

L'obligation d'agir équitablement impose donc au décideur d'ajourner à la demande du détenu, qui peut faire valoir que les circonstances sont telles qu'il ne peut procéder ce jour-là; cette même obligation impose également au décideur de ne pas procéder de son propre chef s'il est manifeste que l'audition serait alors inéquitable. Cette exigence du devoir d'agir équitablement est valable pour le respect de l'article 7 de la Charte.

G. LES RÈGLES DE PREUVE

On retrouve à la Directive 580, paragraphe 21 les règles de présentation des éléments de preuve lors d'une audition disciplinaire. Il y est prévu que les règles régissant le dépôt des témoignages en matière pénale ne s'appliquent pas à ces audiences. C'est le président qui décide

90. Voir P. GARANT, *Droit administratif, op. cit.*, note 79, pp. 740-742.

91. C.F. A-670-81; [1982] 2 C.F. 648.

92. *Id.*, p. 10; p. 655-656.

de l'admission des éléments de preuve qu'il considère valables et dignes de foi. On retrouve également certaines précisions sur l'interrogatoire et le contre-interrogatoire du détenu et des autres témoins. Le degré de preuve exigé pour qu'un détenu puisse être reconnu coupable d'une inconduite disciplinaire est énoncé ainsi dans la Directive 580, paragraphe 26 :

Le président doit décider si les éléments de preuve produits à l'audience disciplinaire établissent hors de tout doute raisonnable chacune des inconduites énoncées dans le rapport d'infraction.

Contrairement aux règles ordinaires de droit administratif, le degré de conviction exigé ici est celui exigé en droit criminel⁹³. Il est toutefois reconnu en jurisprudence que les directives du Commissaire n'ont pas force de loi⁹⁴ et que le président du tribunal disciplinaire n'est soumis à aucune obligation de respecter une procédure spécifique ou de se soumettre aux règles suivies devant les instances judiciaires ou quasi judiciaires⁹⁵. Le seul devoir imposé au président est d'agir équitablement, conformément aux principes de justice fondamentale.

Le président peut-il alors condamner un détenu sur une preuve qui ne serait pas établie hors de tout doute et respecter malgré tout les principes de justice fondamentale? Il est reconnu que même si les directives n'ont pas force de loi, elles sont une indication du degré de protection procédurale que les autorités carcérales supérieures considèrent comme étant approprié⁹⁶. Sur cette question précise, le juge Dubé, dans *Belmont c. Millhaven*⁹⁷, a conclu que la Directive reproduisait des principes de justice naturelle et d'équité reconnus. Il emprunte sur ce point les propos du juge Cattanach dans l'arrêt *Davidson c. Comité disciplinaire de la prison des femmes* :

La directive 213 qui énonce la procédure à suivre lors d'une instruction disciplinaire codifie les principes de justice naturelle et d'équité que la *common law* a dégagés au cours d'expériences séculaires.⁹⁸

Si certains arrêts ont formellement reconnu que le degré de conviction exigé est celui du droit criminel, il semble toutefois trop tôt

93. Voir *Belmont c. Millhaven Inst.*, (1985) 9 *Admin. L.R.* 181, pp. 184 et ss. (C.F.).

94. *Martineau (n° 1) c. Comité de discipline de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, p. 129.

95. *Belmont c. Millhaven Inst.*, *supra*, note 93, pp. 184 et ss.; *Blanchard c. Millhaven*, *supra*, note 53, p. 310; *Bolan c. Joyceville*, (1984) 2 *Admin.L.R.* 107, p. 114 (tr. disciplinaire); *Bull c. MacLeod*, *supra*, note 83.

96. *Martineau (n° 2)*, *supra*, note 10, p. 630; *Belmont c. Millhaven*, *supra*, note 93, p. 185.

97. *Supra*, note 93.

98. [1981] 61 C.C.C. (2d) 520, p. 534 (C.F.).

pour conclure sur ce point. Ce degré de preuve apparaît exorbitant pour un processus disciplinaire. Néanmoins, suite à l'arrêt *R. c. Wigglesworth*^{98a}, certaines infractions pourraient être considérées comme étant susceptibles d'entraîner de véritables conséquences pénales, et ainsi être assujetties à l'article 11 de la Charte. Dans ces circonstances, le degré de conviction de droit criminel serait envisageable dans le processus de discipline carcérale. Les cours sont toutefois réticentes à intervenir sur l'évaluation de cette preuve par le président du tribunal disciplinaire. En effet, elles ne s'autorisent pas à réentendre l'affaire pour apprécier de nouveau la preuve et ainsi substituer leur appréciation des faits⁹⁹.

Il est certes difficile de vérifier sur quel genre de preuve se fonde une décision, car il n'y a aucune obligation pour le président du tribunal de motiver sa décision¹⁰⁰. En effet, la jurisprudence considère que la motivation des décisions n'est pas un élément de la règle *audi alteram partem*, même si la décision peut faire l'objet d'un appel ou d'un contrôle judiciaire¹⁰¹. Le juge Collier de la Cour fédérale, dans *Larivière c. Disciplinary Board of Millhaven Institution*, alors qu'il avait à décider si la décision du président était fondée sur des éléments de preuve suffisants, fait la remarque suivante :

La documentation qui m'a été soumise ne révèle pas si le président a signalé verbalement sa préférence pour le témoignage de M. Marshall. Compte tenu de ce que l'on sait, il est possible qu'il n'ait rien dit, et même si c'était le cas, le président n'était pas obligé de motiver ou de justifier son choix de recevoir le témoignage de M. Marshall affirmant que la substance de contrebande était de la « bière maison ». Ce tribunal disciplinaire n'est pas une cour, à proprement parler en matière criminelle. Il n'est pas lié par les règles ordinaires de la preuve.¹⁰²

Même si le président du tribunal disciplinaire n'est pas obligé de motiver sa décision cela n'empêche pas les tribunaux de vérifier la légalité de sa décision. Malgré la réticence des cours à intervenir sur l'évaluation des éléments de preuve, la jurisprudence reconnaît que leur pouvoir de révision les autorise à casser une décision déraisonnable, soit

98a. [1987] 2 R.C.S. 541, p. 559.

99. *Bernier c. Guinet*, C.F. n° T-268-86 (J. ROULEAU), p. 2; *Belmont c. Millhaven Inst.*, *supra*, note 93, p. 185; *Bull c. MacLeod*, *supra*, note 83, p. 3; *Chalk c. Canada*, *supra*, note 88; *Ibrahim c. Tribunal disciplinaire et al.*, C.F., n° T-1325-85 (J. PINARD).

100. Le paragraphe 38 de la D.C. 580 prévoit l'obligation de dresser un sommaire des motifs qui justifient l'imposition des sentences.

101. P. GARANT, *op. cit.*, note 79, pp. 748 et ss. Le professeur Kushner présente l'état du droit sur cette question dans « The Right to Reasons in Administrative Law », (1986) 24 *Alta L.R.* 305-319.

102. *Larivière c. Disciplinary Bd. of Millhaven*, C.F., n° T-78-86 (J. COLLIER) pp. 6-7.

parce qu'il y aurait absence de preuve¹⁰³ ou parce qu'il y aurait un refus manifeste de tenir compte d'une preuve¹⁰⁴. Donc pour qu'un tribunal disciplinaire respecte les principes de justice fondamentale, sa décision doit être basée sur une appréciation raisonnable des faits qui supportent l'infraction alléguée.

Le juge Dubé, dans l'arrêt *Belmont* précité, après une étude des faits, constate que ceux-ci ne constituent pas une infraction disciplinaire. Il fait remarquer que le lien entre ces faits et l'infraction est très difficile à établir. La preuve démontrait que Belmont avait été vu assis à une table où il y avait peut-être eu de la consommation d'alcool, alors que l'infraction reprochée était d'avoir commis un acte propre à nuire à la discipline ou au bon ordre de l'institution (art. 3.9(k) *R.S.P.*). Le juge conclut ainsi sur l'inexistence de preuve propre à supporter une condamnation :

En d'autres termes, le requérant a été prévenu et reconnu coupable d'avoir agi avec l'intention de nuire à la discipline et au bon ordre de l'établissement. Il n'y a aucune preuve d'un tel comportement de la part du requérant. Le seul témoin cité par le président a été incapable de rapporter la plus petite preuve que le requérant ait fait quelque chose dénotant une volonté de nuire à la discipline ou au bon ordre du pénitencier.¹⁰⁵

Il y a encore peu d'arrêts illustrant l'intervention des tribunaux sur l'existence ou l'inexistence de preuve. Par contre, on peut émettre l'opinion que les contestations sous cet aspect sont sûrement plus fréquentes qu'auparavant. Depuis les développements récents du droit administratif et surtout depuis l'avènement de la Charte, les cours sont plus interventionnistes dans ce domaine.

H. LE DROIT À LA REPRÉSENTATION PAR AVOCAT

Les sanctions que peut imposer le tribunal disciplinaire sont de plusieurs ordres; certaines sont plus lourdes de conséquences pour le

103. Voir à titre d'exemple *Belmont c. Millhaven*, *supra*, note 93, pp. 184-185; *Gosselin c. Bouwman*, *supra*, note 87; *Bull c. MacLeod*, *supra*, note 83; *Bailey c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Mission*, C.F., n° T-1417-86 (J. TEITELBAUM) : « il n'y avait aucune preuve ».

104. *Blanchard c. Millhaven*, *supra*, note 53, p. 313 : « Il peut, bien entendu, y avoir des cas où le refus manifeste de tenir compte de la preuve indiquerait de la mauvaise foi de la part du président ou un manquement à son obligation générale d'agir équitablement. »

105. *Belmont c. Millhaven*, *supra*, note 93, pp. 184-185; au même effet voir *Gosselin c. Bouwman*, *supra*, note 87; *Bailey c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Mission*, *supra*, note 103, où le juge Teitelbaum considère que la contrebande de stupéfiants n'est pas prouvée car les témoins ne savaient pas si la substance découverte sentait les stupéfiants. Il conclut qu'il y avait dans ces circonstances une absence de preuve.

détenu parce qu'elles portent atteinte à des droits garantis par la Constitution, tels que le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Le détenu peut se trouver impuissant à se protéger adéquatement. Les principes de justice fondamentale exigent-ils qu'un détenu soit représenté par un avocat lorsqu'il est susceptible de se voir imposer des sanctions qui porteraient atteinte à sa liberté ou à sa sécurité?

La *Loi sur les pénitenciers*^{105a} et son règlement d'application sont muets sur cette question. Et contrairement aux directives antérieures, les directives actuelles ne prévoient aucune modalité d'application de la représentation du détenu. Avant de considérer la question depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nous procéderons à un bref survol de la common law sur cette question.

1. Avant la Charte

La réticence traditionnelle des tribunaux à intervenir dans la procédure disciplinaire carcérale est encore plus apparente lorsqu'il est question du droit à la représentation par avocat. Car il est reconnu que même si la *rule of law* doit s'appliquer aux autorités carcérales, celles-ci doivent agir promptement lors d'inconduites des détenus afin de préserver le bon ordre dans l'institution. Les tribunaux sont conscients que le droit à la représentation entraînerait inévitablement un alourdissement et des délais dans la procédure; voici ce qu'en pensait le juge Pigeon de la Cour suprême :

[TRADUCTION] [...] Nous savons tous que lorsqu'un homme est amené devant son chef pour une violation des règles de discipline, que ce soit dans les forces armées ou sur un navire en mer, la pratique n'a jamais été d'accorder la représentation par avocat. Il est de première importance que ces affaires soient réglées rapidement. Si l'on permettait la représentation par avocat, des délais considérables s'ensuivraient. C'est aussi le cas des infractions aux règles de discipline carcérale. L'instruction doit en avoir lieu rapidement. Ceux qui procèdent à l'instruction doivent, bien sûr, agir équitablement. Ils doivent informer l'homme de l'accusation et lui donner une possibilité raisonnable de faire valoir sa défense. Mais cela peut se faire et se fait sans que l'affaire soit retardée par la représentation par avocat. Je ne suis pas d'avis que nous devrions modifier la pratique existante.¹⁰⁶

Alors que dans d'autres secteurs le droit à l'avocat, sans être un droit absolu et intangible, était plus largement admis, dans le domaine carcéral la pratique était en sens contraire. Toutefois à partir des

105a. L.R. 1985, ch. P-5 et *R.S.P.*, *supra*, note 8.

106. Le juge Pigeon considère que cet extrait de l'arrêt anglais *Fraser v. Mudge et al.* ([1975] 1 W.L.R. 1132, pp. 1133-1134) est une vue juste de la situation du détenu qui fait l'objet de procédures disciplinaires : *Martineau (n° 2)*, *supra*, note 10, p. 636.

années 80 les choses ont évolué. Les raisons d'efficacité administrative invoquées pour refuser le droit à l'avocat furent ébranlées lorsque, en 1979, la Cour suprême décréta, dans *Martineau* (n° 2), que les instances disciplinaires étaient assujetties à un devoir d'agir équitablement. Le président d'un tribunal disciplinaire doit donc, afin de remplir son obligation d'agir équitablement, évaluer si dans les circonstances précises d'une affaire, la représentation par avocat doit être accordée ou non. Toutefois, les cours considèrent que de telles circonstances sont probablement très rares :

Pour ma part, j'estime difficile de concevoir des circonstances où lors de l'instruction d'une infraction à la discipline militaire ou carcérale, la présence d'un avocat soit essentielle au respect de l'obligation d'équité. Ces infractions à la discipline sont dans le plus grand nombre des cas simplement des questions de fait. Le soldat ou le détenu a-t-il agi comme on le prétend ? Ce n'est que rarement que des questions de droit sont en cause.¹⁰⁷

Même si ces circonstances sont rares, le droit à la représentation existe maintenant dans la common law. On peut regrouper les circonstances particulières qui exigeraient la représentation par avocat en deux groupes.

Le premier groupe engloberait les litiges complexes¹⁰⁸ qui nécessitent qu'on permette au détenu d'être assisté afin que l'audition soit équitable. Mais il semble que, même si le litige soulève des questions qui ne sont pas à la portée d'un non-juriste, la procédure puisse rester équitable. Les cours ont conservé malgré l'avènement de l'équité procédurale une attitude restrictive :

Il peut y avoir des auditions où les questions sont si complexes du point de vue juridique que l'obligation d'agir équitablement amène la nécessité de permettre la présence d'un avocat, mais je ne peux pour le moment concevoir une telle situation, surtout lorsque la personne responsable de l'enquête est un avocat dûment qualifié, comme en l'espèce.¹⁰⁹

Comme le souligne Jackson, la position restrictive de la jurisprudence se fonde sur la crainte que la présence des avocats nuise à l'efficacité des audiences, sur la constatation que les questions en litige sont des questions de fait, sur le fait que le président est un juriste... Cela minimise les risques que les droits des détenus soient brimés¹¹⁰.

Le deuxième groupe de circonstances qui requièrent la représentation par avocat concerne les cas où le détenu n'apparaît pas capable mentalement ou physiquement de se défendre lui-même. Comme le

107. *Re Davidson and Disciplinary Bd. of Prison of women and al.*, *supra*, note 98, p. 534; *Blanchard c. Millhaven*, *supra*, note 53, pp. 311-312.

108. *Blanchard c. Millhaven*, *supra*, note 53, p. 311.

109. *Ibid.*

110. M. JACKSON, « The right to counsel in prison disciplinary hearings », *loc. cit.*, note 2, p. 232.

précisait le juge Addy, dans *Blanchard*, un détenu doit être en mesure de comprendre les procédures, la nature et les détails des actes reprochés ; il doit être en mesure de témoigner et d'interroger les témoins¹¹¹ ; le juge poursuit ainsi :

Lorsqu'elle nourrit un doute sur la capacité du prisonnier de prendre part aux procédures, la personne qui préside l'enquête doit alors, pour agir équitablement, s'assurer d'abord de la capacité du prisonnier avant de poursuivre l'audition.¹¹²

Si l'incapacité mentale ou physique de se défendre adéquatement est momentanée, le tribunal disciplinaire remplira son obligation d'équité procédurale en ajournant l'audience jusqu'à ce que le détenu puisse se défendre. Par contre, si le président, après avoir soigneusement soupesé la capacité du détenu de se défendre lui-même, conclut négativement, il ne peut équitablement poursuivre l'audition sans que ce dernier soit représenté par un avocat ou assisté d'une autre personne selon le cas.

On peut donc affirmer qu'il n'y a pas de droit absolu en common law d'être représenté par un avocat lors des audiences disciplinaires. Il existe par contre des circonstances où la représentation doit être accordée afin que l'audition soit équitable ; cette évaluation est cependant laissée à l'appréciation du président du tribunal¹¹³.

Devant eux, le défendeur n'a pas le droit absolu d'exiger les secours d'un praticien du droit car les juges sont maîtres de la procédure dans leur prétoire. En l'absence de disposition législative contraire, le droit à l'avocat demeure soumis à ce pouvoir d'appréciation.¹¹⁴

C'est seulement si la *Loi sur les pénitenciers* ou si le *Règlement sur le service des pénitenciers* prévoyaient spécifiquement le contraire que le président n'aurait plus cette discrétion.

Il ressort de l'état de la jurisprudence antérieure à la *Loi constitutionnelle de 1982* que le président du tribunal disciplinaire possède le pouvoir d'accorder la représentation de deux façons : soit lorsque le devoir d'agir équitablement l'exige, soit en vertu de son seul pouvoir discrétionnaire¹¹⁵.

111. *Lasalle c. Leclerc Inst. Tribunaux*, *supra*, note 53, pp. 31-32; *Blanchard c. Millhaven*, *supra*, note 53, p. 311.

112. *Banchard c. Millhaven*, *supra*, note 53, p. 312; *Lasalle c. Leclerc Inst. Tribunaux*, *supra*, note 53, pp. 31-32.

113. *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, *supra*, note 1, p. 654; *Blanchard c. Millhaven*, *supra*, note 53; *Minott c. Président du tribunal disciplinaire des détenus de Stony Mountain*, [1982] 1 C.F. 322; *Re Davidson and disciplinary Bd. of prison for women*, *supra*, note 107. Voir M. JACKSON, « The Right to Counsel in Prison Disciplinary Hearings », *loc. cit.*, note 2, pp. 230-239.

114. *Re Davidson and disciplinary Bd. of Prison for women et al.*, *supra*, note 98, p. 535. Le juge Cattnach fait une analogie entre le président du tribunal disciplinaire et la justice de common law.

115. *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, *supra*, note 1, p. 657.

Avant de passer à l'étude de l'article 7 de la Charte, il convient de dire quelques mots sur un problème qui s'est posé dans la jurisprudence relativement à l'exercice de cette discrétion du président du tribunal disciplinaire. La même année où la Cour suprême statua, dans *Martineau* (n° 2), que les instances disciplinaires étaient sujettes à un devoir d'agir équitablement, le Commissaire modifia les directives pour ajouter ceci :

Il est déjà arrivé qu'un prévenu ait demandé, officiellement ou officieusement, d'être représenté par un avocat. Dans de tels cas, il faut avertir le prévenu qu'il n'a pas droit d'être représenté par un avocat à son audience.¹¹⁶

La question précise qui se posait était de savoir si la requête d'un détenu demandant d'être représenté par avocat pouvait être refusée en raison de la directive du Commissaire. La Cour fédérale dans *Re Davidson*¹¹⁷ et *Minott*¹¹⁸ a déclaré le paragraphe 12 de la Directive 213 *ultra vires* parce qu'il retirait au tribunal disciplinaire son pouvoir discrétionnaire de statuer sur une telle requête. Dans les faits les présidents avaient refusé d'accorder la représentation par avocat uniquement sur la base de la directive alors que cette dernière n'a aucune force de loi¹¹⁹. Le juge Cattanach, dans *Re Davidson*, fait la remarque suivante :

Le citoyen a droit d'être entendu par un organe décisionnel impartial au sens du droit, ce que n'est pas un tribunal soumis à l'influence d'une autorité extérieure, en l'espèce une autorité qui irrégulièrement dicte à l'organe décisionnel comment exercer son pouvoir d'appréciation, pouvoir qu'il lui appartenait à elle seule d'exercer. Dans les circonstances de l'espèce, la requérante donc a été privée de ce droit d'être entendue¹²⁰.

On constate, à l'étude des arrêts concernant la représentation par avocat devant le tribunal disciplinaire, que la jurisprudence est restée réservée. L'idée d'efficacité administrative, et donc de rapidité, favorise les procédures informelles.

2. Depuis la Charte

L'arrêt de base sur cette question est *Howard c. Président du tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement de Stony Mountain* de la Cour fédérale d'appel¹²¹. Dans cette affaire, la cour a reconnu que

116. D.C. 213, annexe A (par. 12), modifiée le 31 août 1984 par le D.C. 600-7-03.1.

117. *Supra*, note 107, p. 536

118. *Supra*, note 113, p. 332.

119. *Martineau* (n° 1), *supra*, note 94.

120. *Re Davidson and disciplinary Bd. of prison for women et al.*, *supra*, note 98, p. 539, traduction tirée de C.F., n° T-1419-81, p. 30.

121. *Supra*, note 1. La Cour suprême a accordé une requête pour permission d'appeler le 13/06/85, mais elle annule ce pourvoi qui selon elle était devenu théorique, [1987] 2 R.C.S. 687. Sur le droit à la représentation par avocat depuis l'entrée en vigueur

l'article 7 de la Charte garantissait au détenu le droit à la représentation par avocat lorsque le respect des principes de justice fondamentale l'exigeait.

Howard était détenu à l'établissement Stony Mountain lorsqu'il fut accusé de plusieurs infractions disciplinaires. Toutes les infractions avaient été classées « graves ou flagrantes » suivant la Directive 230 (aujourd'hui 580). Pour ce type d'infraction sont prévues des peines susceptibles de porter atteinte à la liberté et à la sécurité du détenu, telles la réduction de peine méritée et l'isolement disciplinaire¹²². Le président du tribunal disciplinaire et le juge de la Cour fédérale de première instance ont refusé la demande de représentation par un avocat :

[...] un détenu n'a, en vertu de la *common law*, aucun droit absolu d'être représenté par avocat aux procédures d'un tribunal disciplinaire; que les procédures légales établies en droit, avant l'adoption de la Charte, sont des procédures conformes au principe de justice fondamentale; et que l'article 7 de la Charte n'a rien ajouté aux droits d'une personne se trouvant dans la situation de l'appelant.¹²³

La Cour fédérale d'appel ne souscrit pas à la proposition voulant que la Charte n'ait rien ajouté aux droits d'une personne en matière de procédure. La cour favorise une interprétation large de l'article 7. Elle arrive à la conclusion que cette disposition introduit une perspective nouvelle, et que même si aucun droit nouveau n'a été créé ceux qui existaient déjà ont vu leur portée s'accroître¹²⁴.

Les juges de la Cour fédérale d'appel considèrent que le respect des principes de justice fondamentale ne nécessite pas des règles de procédure parfaites et des plus élaborées. Il suffit que la procédure soit fondamentalement équitable. Or, les caractéristiques d'une procédure qui serait conforme aux principes de justice fondamentale sont à peu près les mêmes que celles qui découlent des deux règles de base en matière de justice naturelle (*audi alteram partem* et *nemo iudex in sua causa*) :

[...] un tribunal impartial, la connaissance par la personne dont la vie, la liberté ou la sécurité sont menacées de l'accusation contre laquelle elle doit se

de la Charte, voir : R. WEATHERSTON, « Penitentiary Disciplinary Hearings and the Right to Counsel », *loc. cit.*, note 2; J.W. CONROY, « An Introduction to Canadian Prison Law », *loc. cit.*, note 2, pp. 58-60; M. JACKSON, « The Right to Counsel in Prison Disciplinary Hearings », *loc. cit.*, note 2, pp. 230 et ss.

122. Le juge Thurlow considère que le concept de liberté suffit au litige, p. 660. Le juge MacGuigan est du même avis, p. 673. *Walker c. Comité de discipline du pénitencier de Kingston*, C.F. 1^{re} Inst. n° T-216-86, 21 avril 1986 (J. STRAYER) : dans cet arrêt le juge Strayer considère également que l'isolement disciplinaire est une question de liberté (p. 2).

123. *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, *supra*, note 1, p. 660.

124. *Id.*, p. 673 (J. MACGUIGAN). Voir les propos au même effet du J. Thurlow, p. 660.

défendre, une occasion raisonnable de se défendre et une décision prise à la lumière de la preuve produite à l'appui de l'accusation et de la défense présentée à l'encontre de cette accusation [...].¹²⁵

Le droit à l'assistance d'un avocat dérive du droit d'exposer adéquatement sa cause. La cour s'interroge sur l'impact de l'avènement de l'article 7 sur le droit d'être représenté par un avocat :

Je suis d'avis que l'adoption de l'article 7 n'a créé aucun droit absolu d'être représenté par avocat dans toute procédure de ce genre. Il est sans aucun doute de la plus grande importance que la personne dont la vie, la liberté ou la sécurité sont en jeu ait l'occasion d'exposer sa cause aussi pleinement et adéquatement que possible. Les avantages de l'assistance d'un avocat à cette fin ne sont pas contestés. Cependant, ce qui est exigé c'est l'occasion d'exposer la cause adéquatement et je ne crois pas qu'on puisse affirmer qu'il n'existe pas de cas où une telle occasion ne peut être fournie sans qu'il faille également accorder le droit d'être représenté par avocat à l'audition.¹²⁶

Le droit à la représentation par avocat dépend de l'évaluation des circonstances par le président du tribunal; il doit se demander si le refus d'accorder la représentation engendrera une violation de la justice fondamentale. Contrairement aux règles de la common law, la représentation par avocat est depuis l'avènement de l'article 7 un droit qui, même s'il n'est pas absolu, n'est pas laissé au pouvoir discrétionnaire du président du tribunal¹²⁷. Il s'agit maintenant d'une question de droit. Le refus d'accorder la représentation par le président du tribunal ne peut empêcher une cour supérieure de se prononcer elle-même sur cette question¹²⁸.

[...] je suis d'avis que le refus qu'il pourrait opposer a une telle requête ne peut être considéré comme une décision sur ce droit et ne peut empêcher un tribunal supérieur de se prononcer, dans l'exercice de son pouvoir de surveillance, sur cette question.¹²⁹

125. *Id.*, p. 661.

126. *Id.*, pp. 662-63; « De l'aveu général, l'existence de ce droit dépend des faits » (J. MACGUIGAN, p. 689); *Mitchell c. Crozier*, *supra*, note 60.

127. *Id.*, p. 663.

128. *Savard c. Edmonton Institution Disciplinary Court*, (1986) 3 F.T.R. 1, p. 4 (C.F.).

129. *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, *supra*, note 1, p. 664. Les propos du Juge Thurlow sur cette question ont amené certaines incertitudes. Il débute ce sujet à la p. 663, ainsi : « [...] le président du tribunal disciplinaire n'est même pas habilité à décider s'il s'agit d'un cas dans lequel la représentation par avocat doit être accordée ». Les jugements subséquents sont venus clarifier ce point. Ainsi dans l'arrêt *Savard*, *supra*, note 128, la juge Reed précise que : « D'après moi, le juge en chef veut dire que dans certains cas, les détenus ont le droit d'être représentés par un avocat, ce n'est pas une question de discrétion. » Elle est d'accord qu'il revient en tout premier lieu au président d'évaluer les circonstances. Également *Thériault c. Comité de discipline de l'institution du centre fédéral de formation*, C.F. n° T-966-86, 18 février 1987 (J. DENAULT), pp. 14-15.

Si les circonstances ne justifient pas la représentation par avocat pour que les principes de justice fondamentale soient respectés, le président peut quand même l'autoriser en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduaire en matière de procédure¹³⁰. Cette possibilité se situe en dehors du champ d'application de l'article 7.

L'octroi ou le refus de la représentation légale tourne donc autour des circonstances particulières à chaque litige. Le juge MacGuigan utilise les éléments que le juge britannique Webster avait retenu dans l'arrêt *Tarrant*¹³¹ : a) la gravité de l'accusation et de la peine susceptible d'être imposée ; b) la probabilité que soient soulevés des points de droit ; c) l'aptitude du détenu à exposer lui-même sa cause ; d) les difficultés en matière de procédure ; e) la nécessité d'obtenir une décision dans un délai raisonnablement court ; f) le besoin d'équité entre les prisonniers et entre ceux-ci et les fonctionnaires de la prison¹³². Il n'est pas nécessaire que tous les éléments soient présents dans un litige donné.

Les juges Thurlow et MacGuigan, de la Cour fédérale d'appel, apprécient les circonstances particulières du litige afin d'évaluer si la requête de Howard a été injustement refusée. Ils sont d'accord sur le fait que la possibilité de perdre 267 jours de réduction de peine méritée était à elle seule suffisante pour que la représentation par avocat soit accordée¹³³. Le juge MacGuigan va encore plus loin en précisant qu'à moins de situations simples, il y a une présomption en faveur de la représentation par avocat lorsque l'infraction est susceptible d'être sanctionnée par une déchéance de peine méritée. Dans ces circonstances, il revient au président du tribunal de justifier toute entorse à cette présomption¹³⁴. Un arrêt subséquent est venu préciser que lorsque la présomption joue, le détenu ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il n'a pas présenté pareille requête au président du tribunal disciplinaire¹³⁵. Il faut préciser également que cette présomption ne jouera pas pour les détenus purgeant des peines d'emprisonnement à perpétuité, ceux-ci ne pouvant bénéficier de réduction de peine statutaire ou méritée¹³⁶.

Le juge Thurlow considère également que le manque de détails sur les trois infractions survenues en même temps, conjugué avec le fait

130. *Id.*, p. 663

131. *R. v. Secretary of State for the Home Department. Ex parte Tarrant*, [1984] 2 W.L.R. 613, pp. 635-637 (Q.B.D. Angl.).

132. *Howard, supra*, note 1, p. 685. Le juge Thurlow ne renvoie pas aux critères de *Tarrant*. Ses critères d'évaluation sont les suivants : « [...] dépendra des circonstances de l'espèce, de sa nature, de sa gravité, de sa complexité, de l'aptitude du détenu lui-même à comprendre la cause et à présenter sa défense. Cette liste n'est pas exhaustive » p. 663.

133. *Id.*, p. 665 (J. THURLOW), p. 688 (J. MACGUIGAN).

134. *Id.*, p. 688 (J. MACGUIGAN).

135. *Mitchell c. Crozier, supra*, note 60.

136. *Savard c. Edmonton Inst. Disciplinary Court, supra*, note 128 ; *Walker c. Comité de discipline du pénitencier de Kingston, supra*, note 122.

que l'une des infractions reprochées était vague et difficile à cerner (avoir « agi de manière à nuire à la discipline et au bon ordre » (art. 39(k) *R.S.P.*) sont des caractéristiques suffisantes pour accorder le droit d'être représenté. En ce qui concerne la capacité du détenu de se défendre lui-même, le juge Thurlow précise que rien n'indique que l'appelant souffrait de quelque incapacité physique ou mentale, et qu'il était dans la même position pour se défendre qu'une personne ordinaire sans formation juridique. Toutefois, le juge poursuit en ajoutant des considérations subjectives sur la capacité du détenu à se défendre.

Toutefois, il a de toute évidence ressenti le besoin d'être représenté par avocat puisqu'il a obtenu rapidement l'aide d'un conseiller juridique. Il a dû également être en mesure de convaincre les responsables du service d'aide juridique de son besoin d'être représenté.¹³⁷

Le juge Thurlow ne conclut pas que ces faits démontrent la nécessité d'accorder la représentation. Il associe ces faits à la possibilité de perdre 267 jours de réduction de peine et il conclut qu'il serait absurde de lui refuser ce droit parce qu'il ne souffre d'aucun handicap physique ou mental. Il est néanmoins intéressant de voir que la cour a soulevé le côté subjectif de l'aptitude à se défendre soi-même; ce critère va peut-être amener des développements intéressants dans les arrêts à venir¹³⁸.

Quant à l'infraction « d'avoir agi d'une manière propre à nuire à la discipline », le juge MacGuigan la considère comme un « fourre-tout tellement vague que la nécessité d'obtenir l'aide d'un avocat, afin de préciser les faits et de contester les allégations ne peut que sauter aux yeux »¹³⁹. Les accusations de s'être comporté « par ses actions, propos ou écrits, d'une façon indécente, irrespectueuse ou menaçante » (art. 39(g) *R.S.P.*), d'avoir eu « de la contrebande en sa possession » (art. 39(i) *R.S.P.*), d'avoir désobéi à un ordre légitime (art. 39(h) *R.S.P.*) et d'avoir menacé de se livrer à des voies de fait sur autrui (art. 39(b) *R.S.P.*) sont considérées par le juge MacGuigan comme nécessitant l'assistance d'un avocat pour se défendre car elles soulèvent des questions de droit complexes¹⁴⁰. Les juges Thurlow et Pratte n'ont pas souscrit aux propos du juge MacGuigan concernant le libellé des paragraphes 39 (b), (g), (h) et (i), *R.S.P.* Néanmoins, ces commentaires illustrent la tendance des tribunaux à exiger qu'on ne puisse punir un individu d'un comportement qu'il ne savait pas interdit. Dans ces circonstances un détenu doit être en mesure de démontrer que tel

137. *Howard, supra*, note 1, p. 665.

138. On pense par exemple à l'affaire *Re Davidson and disciplinary Bd. of prison for women et al.*, *supra*, note 98, où la détenue était dépressive et ne se sentait pas capable de se défendre adéquatement.

139. *Howard, supra*, note 1, p. 687.

140. *Id.*, pp. 687-688.

comportement ne constitue pas une infraction au règlement, ce qui est une question de droit qui justifie la présence d'un avocat.

L'arrêt *Howard* s'avère très exigeant pour les instances disciplinaires carcérales. En effet, toutes les infractions à la discipline que l'on retrouve à l'article 39 *R.S.P.* peuvent faire l'objet d'une classification de grave ou flagrante, catégorie susceptible d'être sanctionnée de déchéance de réduction de peine méritée. Il est incontestable que cet arrêt a modifié les règles existantes concernant l'octroi ou non de la représentation par avocat devant les instances disciplinaires. De plus, la reconnaissance de ce droit a des conséquences importantes sur la procédure plus ou moins inquisitoire des audiences disciplinaires. Le juge MacGuigan fait à cet égard une remarque fort intéressante :

Il se peut que la reconnaissance du droit à la représentation par avocat entraîne inévitablement l'entrée en scène d'un poursuivant, la disparition totale de tout aspect inquisitoire dans le processus et la mise en place complète du système accusatoire. J'admets qu'il s'agit là d'une évaluation exacte des conséquences probables mais non d'un argument *in terrorem*. Si c'est ce que la justice fondamentale exige, alors il s'agit d'un pas en avant et non d'une restriction.¹⁴¹

Mais si la reconnaissance du droit à l'avocat, lorsque les circonstances particulières du litige l'exigent pour que la justice fondamentale soit respectée, est un pas en avant, il semble que le Service des pénitenciers canadien ne désire pas cette évolution procédurale. En effet, suite au jugement *Howard* de la Cour fédérale d'appel en mars 1985, le *Règlement sur le service des pénitenciers* et les directives du Commissaire furent modifiés. Ces modifications prévoient une troisième classe d'infractions à la discipline, soit celle des inconduites intermédiaires (DORS/85-640, art. 3(1) remplaçant l'art. 38 *R.S.P.*). En outre des peines pour inconduite légère, l'inconduite intermédiaire rend son auteur passible d'une amende d'au plus 50,00 \$ et de l'interdiction de se joindre aux autres pour une période maximale de 30 jours. On peut prétendre que cette modification vise à exclure l'application de l'arrêt *Howard* en qualifiant dorénavant certaines inconduites intermédiaires¹⁴². En effet, on a plaidé au moins à trois reprises en Cour fédérale de première instance que depuis l'arrêt *Howard* le droit à la représentation par avocat n'est accordé que lorsque le détenu est susceptible de perdre une réduction de peine méritée, soit lorsque l'inconduite est qualifiée de grave ou flagrante; cet argument ne fut pas retenu par la cour¹⁴³.

141. *Id.*, p. 684.

142. Voir M. JACKSON, « The Right to Counsel in Prison Disciplinary Hearings », *loc. cit.*, note 2, p. 278.

143. *Bailey c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Mission*, *supra*, note 103; *Tremblay c. Établissement Laval*, [1987] 3 C.F. 73; *Thériault c. Le Comité de discipline de l'institution du centre fédéral de formation*, *supra*, note 129.

Depuis l'arrêt *Howard*, la Cour fédérale de première instance a eu l'occasion à plusieurs reprises de se pencher sur la question. Tous ces arrêts ont appliqué les critères énoncés dans *Howard*. Nous les survolerons rapidement afin de voir l'appréciation que les juges ont fait des circonstances pour soit accepter ou refuser la représentation, car cette appréciation n'est pas une question de discrétion : les juges qui révisent ces décisions peuvent eux-mêmes examiner toutes les circonstances pertinentes.

Dans *Savard c. Tribunal disciplinaire de l'établissement d'Edmonton et al.*¹⁴⁴, l'infraction disciplinaire reprochée a été qualifiée flagrante ou grave. On reprochait au détenu d'avoir enfreint l'article 39(h) *R.S.P.*, soit d'avoir été absent au dénombrement des détenus. On note d'abord que la juge Reed n'utilise pas la présomption du juge MacGuigan : Savard ne pouvait perdre une réduction de peine méritée car il purgeait une peine à perpétuité. Avant de décider du droit à la représentation, la juge Reed se penche sur l'arrêt *Howard* dont elle résume ainsi les facteurs à prendre en considération :

D'après mon interprétation de l'affaire *Howard*, il faut tenir compte des circonstances particulières de la personne ainsi que des conséquences théoriques qui pourraient résulter de façon générale des accusations du type en question.¹⁴⁵

Dans les circonstances, l'infraction en cause n'est pas apparue assez grave pour nécessiter la présence d'un avocat. La juge insiste également sur le fait que l'infraction n'était pas complexe, car même si le détenu voulait plaider la défense de nécessité¹⁴⁶, celle-ci n'est qu'une question de fait. Les quatre autres critères de l'arrêt *Tarrant* ne s'appliquent pas en l'espèce. Les deux facteurs déterminants pour refuser la représentation par avocat dans cette affaire sont donc le peu de gravité de l'infraction et l'absence de points de droit susceptibles d'être soulevés.

Dans *Walker c. Comité de discipline du pénitencier de Kingston*¹⁴⁷, le détenu était accusé de s'être comporté de manière indécente, irrespectueuse ou menaçante envers une autre personne (art. 39(g) *R.S.P.*). L'inconduite fut classée grave ou flagrante. Dans cette affaire également, le détenu ne pouvait perdre une réduction de peine car il purgeait aussi une sentence à perpétuité. Dans les circonstances, l'avis d'accusation contenait un compte rendu d'infraction et une désignation précise de l'accusation, de sorte que le détenu ne pouvait se tromper sur

144. *Supra*, note 128.

145. *Id.*, p. 3. Sur la question des conséquences théoriques, voir : M. JACKSON, « The right to Counsel in Prison Disciplinary Hearings », *loc. cit.*, note 2, pp. 228-229 et p. 269.

146. *Id.*, p. 5. Comme dans l'affaire *Perka c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 232; 55 N.R. 1; 42 C.R. (3d) 113.

147. *Supra*, note 122.

ce dont on l'accusait et ce qu'il devait réfuter. De plus, le détenu avait eu plusieurs semaines pour se préparer et demander conseil. Le juge Strayer insiste sur un critère qu'il considère très important, soit le peu de gravité de l'accusation et de la peine susceptible d'être imposée¹⁴⁸.

Dans l'arrêt *Mitchell c. Crozier*¹⁴⁹ le détenu était accusé de trois violations au règlement. Il fut, suite à cet incident, transféré à un établissement de plus haut niveau de sécurité et reclassé à une plus haute cote de sécurité. Les trois infractions ont été classées graves ou flagrantes, mais le détenu était convaincu que deux des trois infractions étaient mineures; et c'est pourquoi, prétend-il, il n'a pas présenté de requête pour être représenté. Il se pourvoit en Cour fédérale pour obtenir l'annulation des condamnations au motif qu'il fut privé du droit d'être représenté par un avocat, en violation de l'article 7 de la Charte. Le juge McNair reconnaît qu'étant donné que le détenu était susceptible de perdre sa réduction de peine méritée, il avait droit d'être représenté par avocat. Malgré l'application de la présomption, le juge poursuit ainsi :

Toutefois, il faut décider du droit à la représentation par avocat en tenant compte des circonstances particulières du cas.¹⁵⁰

On remarque que le juge McNair utilise les deux tests en même temps, soit la présomption du juge MacGuigan et le test général de l'évaluation des circonstances¹⁵¹. La présomption du juge MacGuigan renverse le fardeau sur les épaules de l'Administration qui doit alors démontrer que le test général de l'évaluation des circonstances ne commande pas la représentation par avocat. Le juge McNair pouvait donc évaluer si ces arguments démontraient que la représentation du détenu par un avocat n'était pas nécessaire au respect des principes de justice fondamentale.

Le juge McNair a refusé le droit à la représentation pour deux motifs : la capacité du détenu à se défendre lui-même et le fait que le détenu n'ait pas expressément demandé d'être représenté. On peut en conclure que même lorsqu'il y a un risque de perte de réduction de peine, le tribunal disciplinaire n'a pas l'obligation d'informer le détenu de ce droit et que si ce dernier ne l'a pas réclamé, il ne peut se plaindre que ses droits constitutionnels furent violés.

Dans *Bailey c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Mission*¹⁵², le juge Teitelbaum a cassé la décision du tribunal disciplinaire parce que le détenu avait été privé injustement du droit d'être représenté

148. *Id.*, p. 6.

149. *Supra*, note 60, p. 255.

150. *Id.*, p. 272.

151. *Howard c. Établissement de Stony Mountain, supra*, note 1, p. 663 et p. 688.

152. *Supra*, note 103.

par un avocat. Bailey était accusé de possession d'objet interdit (art. 39(i) R.S.P.). L'infraction fut classée intermédiaire. L'unique critère d'appréciation du juge Teitelbaum est celui de la gravité de l'accusation et de la peine susceptible d'être imposée. Le juge considère qu'il faut également considérer les peines qui ne sont pas imposées par le président du tribunal disciplinaire. Il emprunte le concept des « conséquences théoriques » développé par la juge Reed dans l'arrêt *Savard*¹⁵³. La *ratio decidendi* du jugement du juge Teitelbaum est la suivante :

Je suis convaincu qu'en tenant compte de toutes les circonstances en l'espèce ayant trait au genre d'infraction et à la sanction possible, et tout particulièrement de la condamnation à l'isolement et de l'impossibilité de mériter une réduction de peine, le refus de permettre l'assistance par avocat équivaut à un déni de justice fondamentale garantie par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.¹⁵⁴

Suite au rapport d'infraction, le détenu Bailey s'était vu refuser 10 jours de réduction de peine méritée et imposer 25 jours de détention punitive. L'utilisation du critère « des conséquences théoriques » par la Cour fédérale vient donner une autre dimension aux conséquences d'une condamnation disciplinaire.

L'affaire *Tremblay c. Établissement Laval*¹⁵⁵ est semblable à l'affaire *Bailey*. Le détenu Tremblay était accusé de possession de contrebande (art. 39(i) R.S.P.), soit d'avoir eu une arme offensive. L'infraction fut initialement classée grave ou flagrante, mais elle fut réduite à la catégorie intermédiaire par la suite. La gravité de l'infraction ne fait aucun doute en l'espèce, car un homme fut blessé lors de l'incident. Le juge Rouleau remarque que le fait que l'accusation ait été qualifiée d'inconduite intermédiaire par les autorités ne modifie pas son caractère de gravité¹⁵⁶.

En ce qui concerne la gravité de la peine susceptible d'être imposée, le juge remarque que l'infraction intermédiaire ne peut être sanctionnée par la déchéance de réduction de peine. Toutefois, il constate que le risque de se voir refuser une réduction de peine méritée doit être retenu comme un facteur qui aggrave la peine :

On peut donc conclure sur ce point que la peine susceptible d'être imposée ne dépend pas uniquement du président du Tribunal disciplinaire. D'ailleurs, comme l'a si justement signalé le juge Reed dans *Savard* (précitée), il faut également tenir compte des soi-disant « *theoretical consequences* ». ¹⁵⁷

153. *Id.*, p. 8.

154. *Id.*, p. 8.

155. *Supra*, note 143.

156. *Id.*, p. 88.

157. *Id.*, p. 89.

Quant à la possibilité que soient soulevés des points de droit, le juge considère qu'une personne suffisamment instruite en droit aurait pu soulever la question des délais (2 mois avant l'audition), la question de la multiplicité des accusations (deux accusations sur le même incident qui furent remplacées par une troisième) et une défense d'autrefois acquit. S'il peut lui-même soulever ces points de droit, le détenu sera considéré apte à exposer lui-même sa cause.

L'analyse des circonstances amena le juge Rouleau à conclure que le droit constitutionnel du détenu fut violé et il cassa la décision du tribunal disciplinaire¹⁵⁸. Le procureur du détenu pria alors le juge Rouleau de statuer sur la décision du comité des réductions de peine méritée de ne pas créditer au détenu dix jours de réduction de peine méritée, et sur la décision du Commissaire de le transférer en U.S.D. Le juge Rouleau reconnut que son jugement cassant la décision du tribunal disciplinaire était incomplet et il en rendit un deuxième¹⁵⁹. Quant à la décision du comité de ne pas attribuer les dix jours de remise de peine, il considère que le refus de permettre la présence de l'avocat du détenu est une négation du droit à une audition équitable, ce qui entraîne comme conséquence non seulement l'invalidation de la décision disciplinaire, suivant la décision *Cardinal c. Direction de l'Établissement de Kent*, mais également de la décision du comité de réduction de peines, qui lui est consécutive¹⁶⁰.

Par contre, le juge n'annule pas la décision concernant le transfert du détenu en U.S.D., car le transfert ne dépend pas de l'issue de l'instance devant le président du tribunal disciplinaire. Le juge Rouleau suit sur cette question l'arrêt *Miller* de la Cour suprême qui établit que la décision de transférer un détenu dans une U.S.D. est censée avoir son propre fondement juridique¹⁶¹. La décision de transférer doit donc être étudiée indépendamment de la décision du tribunal disciplinaire, et dans le cas en espèce aucune preuve suffisante n'a été présentée démontrant que cette décision était viciée.

Dans *Thériault c. Comité de discipline de l'institution du centre fédéral de formation*¹⁶², le détenu était accusé de deux infractions

158. *Id.*, p. 89.

159. *Tremblay c. Établissement Laval*, [1987] 3 C.F. 91.

160. *Id.*, p. 93.

161. *Id.*, p. 94. *A contrario* voir *Lasalle c. Leclerc Inst. Tribunaux*, *supra*, note 53.

Le juge Walsh considère les éléments suivants pour conclure que la décision du transfert ne fut pas équitable. « Non seulement aucune raison n'a-t-elle été donnée par écrit avant le transfèrement, ni aucune possibilité de se faire entendre pour s'y opposer avant que la décision ne soit prise, ou pour qu'elle soit révisée ultérieurement, mais encore elle paraît avoir été fondée en partie au moins sur les décisions concernant les deux délits qui viennent d'être cassés, reposant sur un incident unique de conduite désordonnée qu'il est difficile de considérer comme ayant transformé le requérant en danger réel pour la sécurité de l'établissement » (p. 35).

162. *Supra*, note 129.

de possession de contrebande. Les infractions furent classées intermédiaires. Dès le lendemain des événements, le détenu communiqua avec son avocat, mais les autorités informèrent l'avocat qu'il ne pourrait représenter ce client car l'infraction était classée intermédiaire. Le président du tribunal refusa la demande de représentation. Le juge Denault écarte le critère de la gravité de l'inconduite car la possession de la substance interdite ne constituait pas une menace pour autrui. En ce qui concerne la gravité de la peine, le juge remarque que l'inconduite intermédiaire n'a pas de conséquences aussi graves qu'une inconduite grave ou flagrante. Toutefois, il considère les *theoretical consequences*, sans référer à ce terme utilisé par la juge Reed dans l'arrêt *Savard*, en notant que l'isolement lui a fait interrompre ses cours et rater ses examens du Cégep. La complexité de l'accusation n'est pas apparente, mais il ressort des notes sténographiques de l'audition disciplinaire que le détenu ne saisissait pas ce qu'on entendait par « contrebande ». L'inaptitude à se défendre lui-même était manifeste, car le détenu n'a apporté aucune défense, les moyens qu'il soulevait étant plutôt des représentations sur sentence. Il y avait également en l'espèce un manque d'égalité de traitement entre les prisonniers quant à la possession d'un même objet ou substance.

Le juge Denault fait remarquer que la liste de circonstances à retenir, énoncées dans *Howard*, n'est pas exhaustive. Dans le cas sous étude il y a d'autres circonstances pertinentes, soient l'empressement à procéder alors que l'avocat avait manifesté l'intention d'occuper pour son client et le fait qu'on ait exigé du détenu qu'il fournisse des raisons particulières ou valables pour justifier la présence de son avocat. Sur ce point, les commentaires du juge Denault sont intéressants :

En somme, on lui a reproché de ne pas avoir fourni de raisons légales qui justifiaient la présence d'un avocat; on ne peut en exiger autant d'un prévenu, et si vraiment l'utilité ou la raison d'être d'un avocat pouvait être justifiée, c'était bien sur cette question. On a plutôt procédé péremptoirement sans qu'il y ait eu véritablement un examen adéquat de la question.¹⁶³

Depuis que l'arrêt *Howard* est venu préciser que les détenus dont la liberté ou la sécurité étaient en jeu avaient, dans certaines circonstances, le droit d'être représentés par un avocat, la présentation des requêtes en ce sens est devenue assez complexe pour un individu n'ayant aucune formation juridique. Il apparaît équitable de donner l'occasion, à celui qui veut présenter une telle requête, de consulter un avocat pour qu'il prépare son argumentation ou de permettre que l'avocat présente la requête pour son client¹⁶⁴.

Dans *Kelly c. The Disciplinary Board of Joyceville Institution*¹⁶⁵ le détenu était accusé d'avoir eu en sa possession de la contrebande, à

163. *Id.*, p. 18.

164. *Id.*, p. 18; *Lasalle c. Leclerc Inst. Tribunals*, *supra*, note 53.

165. C.F. n° T-2843-86, 8 mai 1987 (J. MULDOON).

savoir un canif de 20 cm et une lame de scie. L'infraction fut classée intermédiaire. Le juge Muldoon, appréciant les circonstances de l'espèce, remarque que la preuve de nombreux antécédents criminels du détenu n'est pas pertinente à la détermination du droit à la représentation, sauf en ce qui concerne sa condamnation à perpétuité, car alors le détenu ne peut être éligible à la réduction de peine méritée (gravité de la peine). Par contre, il considère pertinent de préciser que le détenu a comparu quelque cinquante fois devant le tribunal disciplinaire, car cette expérience influe sur la capacité à se défendre soi-même. Considérant le peu de gravité de l'infraction et de la peine et le fait que l'infraction était non ambiguë et concernait uniquement des faits, le détenu avait eu le temps nécessaire pour préparer sa défense. Le juge Muldoon rejette donc la demande de *certiorari* et conclut que les principes de justice fondamentale et l'équité furent respectés.

Finalement dans *Engen c. The Disciplinary Board of Kingston penitentiary*¹⁶⁶, le détenu était accusé d'avoir menacé de se livrer à des voies de faits sur une autre personne, soit un officier correctionnel. L'infraction fut classée intermédiaire. Le détenu reproche au président du tribunal d'avoir demandé et reçu l'argumentation du Service correctionnel concernant la représentation par avocat du détenu. Il prétend que cela a eu pour effet d'entacher la décision finale du président de partialité. Le juge Denault rejette cette prétention car le devoir d'équité signifie que le droit d'être entendu doit être accordé aux deux parties. Sur la question de savoir si la possibilité pour le détenu d'exposer adéquatement sa cause exige la représentation par avocat, le juge considère que l'infraction n'était pas grave car elle n'impliquait aucune violence. Il remarque à ce sujet que la classification intermédiaire n'est pas déterminante; c'est la gravité effective de l'infraction qui doit être examinée. Par contre, cette qualification diminue la gravité de la peine, car il n'y a pas de sanction de déchéance de peine méritée. Le Service correctionnel conteste le pouvoir de la Cour fédérale d'étudier les *theoretical consequences* ou conséquences potentielles. Considérant que la liberté du détenu est en jeu le juge Denault s'exprime ainsi :

Il serait naïf de prétendre que dans l'évaluation du caractère grave de l'infraction commise il faille ignorer les conséquences éventuelles, sur des procédures subséquentes, d'une condamnation disciplinaire. Procédures qui, je le rappelle, viendront à leur tour porter un coup brutal dans le bois déjà friable de la « liberté » d'un détenu.¹⁶⁷

Le juge Denault cite avec approbation certains passages des arrêts *Tremblay* et *Savard* concernant la pertinence des *theoretical*

166. C.F. n° T-487-1987, 24 juillet 1987 (J. DENAULT).

167. *Id.*, p. 14.

consequences. Même si la gravité des peines possibles n'est qu'un des éléments à évaluer lorsque se pose la question de la représentation d'un détenu, il s'agit néanmoins d'un élément déterminant; c'est le cas lorsque le verdict de culpabilité disciplinaire est susceptible « d'influer grandement sur les décisions prises subséquentement par le comité de réduction de peine méritée et la Commission des libérations conditionnelles »¹⁶⁸.

Le juge Denault rejette néanmoins la requête pour émission d'un bref de *certiorari* aux motifs que l'infraction ne comporte aucune chasse-trappe légale et que le détenu est bien articulé, préparé et familier avec la procédure. En *obiter dictum* le juge Denault dénonce l'argument voulant que lorsque l'affaire ne soulève que des questions factuelles on doit toujours en déduire qu'un avocat n'est pas requis. Il se réfère aux propos de Jackson et à ceux de lord Denning dans l'arrêt *Pett v. Greyhound Racing Ass. Ltd.* pour conclure que ce qu'il faut évaluer c'est l'aptitude d'une personne à se défendre elle-même¹⁶⁹.

Dans l'état actuel de la jurisprudence il s'avère prématuré de vouloir codifier les règles régissant la représentation par avocat lors d'une audience disciplinaire. Il est toutefois possible d'énumérer les critères qui semblent avoir influencé la nouvelle orientation : la gravité de l'infraction et de la sanction possible; l'influence des conséquences théoriques d'une éventuelle condamnation disciplinaire; la capacité d'un détenu à soulever toutes les défenses qu'une personne instruite en droit soulèverait dans les circonstances; la capacité d'un détenu à se défendre adéquatement lui-même alors qu'il n'y a aucune chasse-trappe légale. La présentation d'une requête pour être représenté par un avocat est une question complexe; certains juges ont précisé qu'un détenu devrait pouvoir être assisté afin de préparer cette requête.

La représentation par avocat en audience disciplinaire modifie incontestablement le style de la justice carcérale. L'efficacité de la discipline en milieu carcéral en souffrira peut-être, mais la Cour suprême elle-même a décrété dans l'arrêt *Singh* qu'il n'est pas possible d'ignorer les garanties de la Charte « pour des motifs de commodité administrative »¹⁷⁰.

168. *Id.*, p. 16. Voir également *Gingras c. La Reine*, *supra*, note 89. Dans cette affaire bien qu'il ne s'agissait pas d'une demande de représentation par avocat il est quand même intéressant de remarquer que le juge Cullen n'admet pas que le litige soit théorique uniquement parce que la sanction imposée, d'isolement disciplinaire fut purgée : « Bien que la date ne soit pas touchée, ces accusations pourraient bien influencer l'octroi de la libération conditionnelle, et alors il ne s'agirait plus d'une question purement théorique pour le requérant » (p. 4).

169. M. JACKSON, « The Right to Counsel in Prison Disciplinary Hearings », *loc. cit.*, note 2; *Pett v. Greyhound Racing Ass. Ltd.*, [1968] 2 All.E.R. 545, p. 549 (C.A.).

170. *Supra*, note, p. 218.

CONCLUSION

Il ne fait plus de doute que l'article 7 de la Charte a modifié les garanties juridiques en matière de discipline carcérale. La contravention au code disciplinaire peut entraîner des sanctions sévères pour la personne incarcérée. Des inconduites susceptibles d'être sanctionnées par une perte de réduction de peine méritée ou par l'isolement disciplinaire portent atteinte à la liberté et à la sécurité protégées par l'article 7 de la Charte. Le processus disciplinaire doit dorénavant respecter les principes de justice fondamentale, s'il est susceptible de porter atteinte à ces droits garantis.

Avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* l'équité procédurale reconnaissait déjà aux détenus certaines garanties juridiques. L'article 7 de la Charte donne maintenant à ces garanties une valeur supra-législative. L'objet essentiel de ces garanties est d'assurer, en toutes circonstances, à la personne incarcérée un processus disciplinaire dans lequel elle soit en mesure de présenter une défense entière et adéquate.

L'étendue des garanties procédurales reconnues aux détenus tend à judiciariser un processus disciplinaire qu'on aurait voulu préserver du formalisme procédural, afin que les décisions puissent être prises sur le champ lorsque l'ordre et la sécurité de l'établissement semblent en jeu. Certes le milieu carcéral possède des particularités importantes auxquelles on ne peut échapper. Si la judiciarisation systématique de toutes les auditions n'est pas pertinente, celles qui mettent en jeu la liberté et la sécurité du détenu le sont. Il est difficile de tirer une ligne qui soit claire. Une personne ne peut acquérir le statut de personne incarcérée qu'après la tenue d'un procès formaliste au cours duquel elle est reconnue coupable d'avoir enfreint la loi. Les sanctions disciplinaires susceptibles de porter atteinte à la liberté et à la sécurité d'un détenu ont pour effet de modifier la durée et les conditions de détention imposées par une cour de justice; dans ces circonstances les auditions disciplinaires revêtent une plus grande importance.

La Charte a pour effet de judiciariser à un certain niveau le processus disciplinaire carcéral, donc de l'alourdir, de l'allonger, d'en changer le style. Cela se produit également dans d'autres secteurs de la justice administrative; comme le mentionne la juge Wilson dans l'arrêt *Singh*, il faut, comme société, en payer le prix :

Il est sans doute possible d'épargner beaucoup de temps et d'argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passe à côté de l'objet de l'art. 1. Les principes de justice naturelle et d'équité en matière de procédure que nos tribunaux ont adoptés depuis longtemps et l'enchâssement

constitutionnel des principes de justice fondamentale à l'art. 7 comportent la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l'emporte pas sur la nécessité d'adhérer à ces principes.¹⁷¹

171. *Id.*, pp. 218-219.