

LES TRANSFÈREMENTS INTERPÉNITENTIAIRES: DU DROIT ADMINISTRATIF À LA CHARTE CONSTITUTIONNELLE

Patrice Garant* et Paule Halley**
Ste-Foy, Québec

Cette étude est consacrée aux développements jurisprudentiels concernant le contrôle de la légalité des transfèvements interpénitentiaires de personnes incarcérées. Les transfèvements ont un impact sur l'étendue des libertés carcérales, et à ce titre, ils intéressent le droit administratif et la Charte canadienne des droits et libertés.

Après un bref survol des principes généraux du droit administratif applicables aux transfèvements, les auteurs étudient la protection constitutionnelle accordée par les articles 7, 9 et 12 de la Charte aux détenus qui font l'objet d'un transfèrement. Les auteurs tentent de mettre en lumière que les droits protégés par les articles 7, 9 et 12 ont accordé aux détenus transférés une position institutionnelle plus favorable.

This article deals with the developments in the case law on the control of the legality of transfers of prisoners between prisons. Such transfers have an impact on the scope of the liberties of those who are incarcerated, and thus raise issues in administrative law and in the application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

After a brief survey of the general principles of administrative law governing transfers, the authors consider constitutional protections afforded by sections 7, 9 and 12 of the Charter to persons who are the subject of a transfer. The authors seek to demonstrate that the rights protected by sections 7, 9 and 12 have conferred on prisoners who may be transferred a more favourable institutional status.

Introduction

Les transferts de détenus d'un pénitencier à un autre sont des actes de l'administration correctionnelle que l'on rencontre fréquemment. Ces décisions apparaissent, à première vue, être sans conséquence pour les droits, les intérêts, les privilèges ou la liberté des personnes incarcérées. Pourtant nous verrons qu'au contraire ces décisions affectent les détenus beaucoup plus qu'on pourrait le croire. Il suffit pour s'en convaincre de consulter

* Patrice Garant, professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval, Québec

** Paule Halley, auxiliaire de recherche, Faculté de droit, Université Laval, Québec.

le *Rapport annuel de l'Enquêteur correctionnel* où il est fait mention du nombre de plaintes reçues: la catégorie des transfèrements est de loin la plus importante.¹

Nous entendons nous concentrer sur les transfèrements interpénitentiaires au Canada, laissant de côté les transfèrements internationaux.² Plus particulièrement, nous tenterons de brosser un tableau général des garanties juridiques accordées aux détenus en la matière. Pour ce faire, nous analyserons la portée du devoir d'agir équitablement et la portée actuelle et éventuelle de la Charte canadienne des droits et libertés³ sur les transfèrements.

Le transfèrement d'un détenu d'un centre de détention à un autre est l'expression utilisée en milieu carcéral pour désigner tout déplacement d'un détenu; ainsi sont des transfèrements le passage d'un individu d'un centre provincial, où il était gardé durant son procès, à un centre de réception fédéral et de ce dernier centre à l'établissement de placement; c'est le cas ensuite des déplacements d'un centre à un autre qui surviendront tout au long de l'incarcération. Chacun de ces déplacements doit être justifié; en effet, nous verrons qu'il ne s'agit pas de décisions purement discrétionnaires fondées sur des considérations générales ou d'intérêt public.

Les transfèrements en milieu carcéral font partie d'un processus continu de classification des personnes incarcérées qui vise à répondre en tout temps aux besoins de chaque individu. Dès l'imposition d'une condamnation à l'emprisonnement, le délinquant est reçu ou transféré à un centre de réception où les autorités détermineront ses besoins en matière de sécurité et de programmes afin de le placer dans le pénitencier le plus approprié.⁴ Chaque établissement se voit attribuer un niveau de sécurité qui correspond au degré de contrôle sur un groupe particulier de détenus, nécessaire au maintien de l'ordre dans l'établissement.⁵ Une fois qu'il est transféré dans le pénitencier de placement, les autorités correctionnelles pourront redéplacer le délinquant au fur et à mesure que ses besoins en matière de sécurité et de programmes se modifieront.

¹ Rapport annuel de l'enquêteur correctionnel, Ministère des Approvisionnement et services Canada:

	<i>Transfert</i>	<i>plus proche rival</i>
1985-86	324	161
1984-85	310	154
1983-84	229	90
1982-83	293	119
1981-82	234	113

² Cet aspect est couvert par la *Loi sur le transfèrement des délinquants*, L.R.C. 1985, ch. T-15.

³ Loi constitutionnelle de 1982, Partie I.

⁴ Voir l'art. 15(2) de la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. 1985, ch. P-5, et la D.C. No 500 "Réception et initiation des délinquants".

⁵ Voir D.C. No 006 "Classification des établissements".

La décision de transférer un détenu d'une institution carcérale à une autre est susceptible d'affecter les conditions objectives de détention. Ainsi, le transfert vers une institution d'un degré de sécurité moindre permet au détenu de bénéficier de privilèges plus avantageux: l'environnement devient plus agréable, *etc.* Plus la classification sécuritaire de l'établissement est faible plus il devient aisé pour le détenu d'obtenir des sorties avec ou sans escorte, ou d'être éligible plus rapidement à une libération conditionnelle, *etc.* D'un autre côté, le transfert vers un pénitencier à sécurité plus élevée a pour effet de diminuer les privilèges et les avantages dont un détenu jouissait auparavant. Plus le degré de sécurité est élevé plus les conditions de détention sont sévères, les libertés restreintes et les moments de divertissement entre codétenus deviennent rares ou inexistant; les permissions de sortie avec ou sans escorte sont plus rares et les chances d'une libération conditionnelle diminuent.

Il est incontestable que le simple déplacement d'un détenu d'un pénitencier à un autre est une décision des autorités correctionnelles qui a un impact important sur les conditions de détention, et donc par le fait même sur l'étendue de ses libertés. De plus, une décision de transfèrement peut, dans certaines circonstances, avoir pour effet de modifier la période d'incarcération, soit en retardant la libération conditionnelle ou en impliquant un refus d'octroyer une réduction de peine méritée.

Les autorités correctionnelles tirent leur pouvoir de procéder à des transfèrements interpénitentiaires de l'article 15 de la *Loi sur les pénitenciers*:⁶

(3) Le commissaire ou tout agent agissant sur ordre de celui-ci peut, par mandat revêtu de sa signature, ordonner que le condamné au pénitencier soit incarcéré dans un pénitencier quelconque au Canada ou y soit transféré, qu'il ait été ou non déjà écroué dans le pénitencier approprié précisé dans les règles visées au paragraphe (2).

Le *Règlement sur le service des pénitenciers*, autorisé par le paragraphe 37(1) de la Loi, encadre les larges pouvoirs du Commissaire en la matière. Ainsi à l'article 13 du Règlement, il est précisé qu'un détenu doit être incarcéré dans l'institution la plus appropriée compte tenu du degré de sécurité nécessaire à sa détention⁷ et des programmes de traitement disciplinaire jugés les plus appropriés.⁸ L'article 14 précise que le dossier du détenu doit être soigneusement examiné avant qu'une décision de transfèrement ne soit prise.

On ne retrouve dans la Loi ou le Règlement aucune autre garantie juridique, d'ordre procédural notamment. C'est dans les directives du Commissaire qu'on trouve les dispositions qui ont pour objet de mettre en application les articles 13 et 14 du Règlement et d'encadrer la décision d'une procédure précise. Les directives n'ont pas force de loi; elles ne sont,

⁶ *Supra*, note 4.

⁷ Para. 13(a) *R.S.P.*

⁸ Para. 13(b) *R.S.P.*

suivant la jurisprudence dominante, rien de plus que des instructions relatives à l'exécution d'une fonction.⁹ Si un transfèrement est décidé en contravention des règles édictées par le Commissaire, il ne sera pas cassé pour cette seule raison. Le détenu ne peut faire casser une telle décision que si l'autorité décisionnelle viole les principes ou règles du droit administratif ou les dispositions de la Charte canadienne.

Dans la première partie, nous traiterons de l'applicabilité des principes du droit administratif aux décisions de transfèrements. Ces principes se font sentir premièrement au plan procédural, surtout depuis l'avènement de l'équité procédurale ou nouvelle justice naturelle: deux règles en découlent, soit le droit pour le détenu d'être informé des motifs de la décision qui va l'affecter ainsi que le droit pour lui de faire valoir adéquatement ses moyens. Par ailleurs, c'est en application des principes du droit administratif que les détenus peuvent faire contrôler judiciairement les abus de pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire les décisions qui seraient arbitraires quant au fond. Le droit administratif apporte donc un contrôle judiciaire au plan procédural tout comme au plan substantif, les deux s'imbriquant toutefois dans des situations complexes.

Dans la deuxième partie, nous étudierons l'impact de la Charte canadienne, notamment de l'article 7, qui n'a pas tardé à se faire sentir, dès 1982, grâce à une jurisprudence assez dynamique de la Cour fédérale.

I. *Le contrôle judiciaire des décisions en matière de transfèrements en vertu des principes généraux du droit administratif*

Les décisions prises par les autorités carcérales étaient considérées, avant l'avènement du concept d'équité procédurale, comme étant purement administratives et donc non juridiquement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.¹⁰ Dès lors, les tribunaux estimaient qu'il ne leur revenait pas de s'immiscer dans la gestion de l'ordre et de la sécurité des institutions pénitentiaires. On reconnaissait que les autorités carcérales devaient être libres d'agir sans interférence des tribunaux. Le juge Ritchie, dans un passage de l'arrêt *Mitchell c. R.*,¹¹ définit la tâche de ces autorités:

La nature même de la tâche confiée à cette Commission, qui doit, en fait, apprécier le caractère et les qualités des détenus et trancher la question très délicate de savoir si un détenu donné est susceptible ou non de bénéficier d'une réintégration sous

⁹ *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (No 1)*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la p. 129 (J. Pigeon). Sur cette question de directives, voir P. Garant, *Droit Administratif* (ed. Yvon Blais, Montréal, 2e édition), chap. 6, pp. 283 ss.

¹⁰ *Howarth c. C.N.L.C.*, [1976] 1 R.C.S. 453, aux pp. 473-474 (J. Pigeon); *Mitchell c. R.*, [1976] 2 R.C.S. 570; *Exp. p. McCaud*, [1965] 1 C.C.C. 168, à la p. 169 (C.S.C.); *Re Anaskan and the Queen* (1977), 76 D.L.R. (3d) 351, aux pp. 360-361 (C.A. Ont.). Pour une étude de l'évolution du droit carcéral en général, voir: A.W. Mackay, *Inmates' Rights: Lost in the Maze of Prison Bureaucracy* (1988), 11 *Dalhousie L.J.* 698, aux pp. 705-710.

¹¹ *Ibid.*, à la p. 593.

surveillance dans la société, tout cela rend nécessaire que pareille Commission puisse exercer un pouvoir discrétionnaire aussi étendu que possible et que ses décisions ne soient pas susceptibles d'appel ni autrement soumises aux mêmes procédures que celles qui sont reliées à la révision d'une décision d'un tribunal judiciaire ou quasi judiciaire.

De plus, à cette époque, les tribunaux s'accordaient à dire que les décisions des autorités carcérales n'affectaient pas les droits des détenus, même si ces décisions entraînaient des pertes de liberté parce qu'elles affectaient les conditions de détention et avaient un impact sur la durée de la peine. Plus particulièrement, en matière de transfèrements, la position des tribunaux était ferme: ces décisions n'affectaient nullement les droits des détenus.

Le détenu a été privé de sa liberté par suite d'un acte volontaire de sa part et il n'a aucun droit à être entendu lors de la détermination de l'endroit où il doit être incarcéré. Aucun droit fondamental n'est ici mis en jeu qui aurait fait naître l'obligation d'agir conformément aux principes de justice naturelle.¹²

Ces propos du juge Mackinnon de la Cour d'appel de l'Ontario furent repris dans de nombreux arrêts par la suite.¹³

La Cour suprême a introduit officiellement dans la common law du Canada l'obligation générale d'agir équitablement dans l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Police Commrs.*¹⁴ Le juge Laskin, exprimant l'opinion majoritaire, a emprunté à Lord Denning la définition suivante de cette obligation:¹⁵

La règle fondamentale est que dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre.

Il ne fait aucun doute que cette obligation d'agir équitablement s'applique aux autorités correctionnelles; la Cour suprême l'a reconnu dans *Martineau c. Matsqui (No 2)*:¹⁶

¹² *Re Anaskan and the Queen*, *supra*, note 10, à la p. 361. Traduction tirée de *Magrath c. R.*, [1978] 2 C.F. 231, à la p. 255.

¹³ Voir, par exemple: *Re Rowling and the Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 169, à la p. 179 (H.C. Ont.); *Sauvageau c. Reine*, C.F. T-2987-80, (J. Dubé), 8 juillet 1980, à la p. 4; *Cline c. Reynett*, C.F. T-894-81 (J. Addy), 18 mars 1981, à la p. 4; *Magrath c. R.*, *supra*, note 12, à la p. 255.

¹⁴ [1979] 1 R.C.S. 311, à la p. 324; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui (No 2)*, [1980] 1 R.C.S. 602; *P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653.

¹⁵ *Ibid.*, aux pp. 327-328. Ces propos de Lord Denning sont extraits de l'arrêt *Selvarajan c. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 13, à la p. 19 (C.A.); voir également, *Martineau c. Matsqui (No 1)*, *supra*, note 9, à la p. 124 (J. Dickson).

¹⁶ *Supra*, note 14, à la p. 630 (J. Dickson). Voir aussi aux pp. 622 (J. Dickson), 635 (J. Pigeon).

Il ne s'agit pas de savoir s'il y a eu une violation des règles carcérales, mais plutôt s'il y a eu une violation de l'obligation d'agir équitablement compte tenu de toutes les circonstances.

Même si l'arrêt *Martineau (No 2)* visait plus particulièrement une décision de comité de discipline, la portée de cet arrêt est toutefois beaucoup plus vaste:¹⁷

À mon avis, on peut recourir au *certiorari* chaque fois qu'un organisme public a le pouvoir de trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d'une personne.

Dans un premier temps, les tribunaux tendirent à distinguer le droit d'agir équitablement développé dans ces arrêts de la Cour suprême de celui exigé en matière de transfèrements des détenus. Dans *Page c. Yeomans*,¹⁸ le juge Dubé fut d'avis que les droits des détenus ne peuvent être assimilés à ceux d'un policier mis à pied dans l'affaire *Nicholson*. Cette jurisprudence était d'avis que les deux arrêts de la Cour suprême pouvaient être distingués des affaires relatives aux transfèrements, car dans ces arrêts, il y avait des obligations légales d'accorder des garanties procédurales qu'on ne retrouve pas dans les dispositions concernant les transfèrements.¹⁹ En bref, cette jurisprudence est soucieuse de respecter la mise en garde du juge Pigeon, dans l'arrêt *Martineau (No 2)*,²⁰ à l'effet que les tribunaux doivent éviter d'obstruer l'efficacité de l'administration carcérale; l'équité se limite en matière de transfèrements à vérifier si les autorités correctionnelles ont manifestement et clairement abusé de leur discrétion.

L'introduction de la doctrine d'équité en matière de transfèrements se fait graduellement. Tout d'abord, le juge Collier considère, dans *Magrath c. R.*,²¹ que l'équité procédurale exige que le processus disciplinaire soit précédé d'un avis du chef d'accusation, que le détenu ait l'occasion de préparer sa défense et qu'il puisse comparaître à l'audition; toutefois il estime que la décision de transférer est tout à fait différente du processus disciplinaire.²² Le juge constate qu'en matière de transfèrement la Loi, le Règlement et les directives sont silencieux et que par ailleurs le refus de

¹⁷ *Ibid.*, aux pp. 622-623.

¹⁸ C.F. T-5956-80 (J. Dubé), 25 février 1981.

¹⁹ *Magrath c. R.*, *supra*, note 12, à la p. 253; *Sauvageau c. R.*, *supra*, note 13, aux pp. 3-4; *Cline c. Reynett*, *supra*, note 13, aux pp. 4-5; *Page c. Yeomans*, C.F. T-5956-80 (J. Dubé), à la p. 4; *Bruce c. Yeomans*, [1980] 1 C.F. 583, à la p. 589: "À mon sens, rien dans *Nicholson* ne requiert qu'un détenu sur le point d'être transféré, soit informé des "motifs" du transfert et ait l'occasion de répondre."; *Butler c. R.* (1983), 5 C.C.C. (3d) 356 (C.F.); *Pilon c. Yeomans*, [1984] 2 C.F. 932, à la p. 939.

²⁰ *Supra*, note 14, à la p. 637.

²¹ *Supra*, note 12, à la p. 248. Le juge se basait alors sur les arrêts *In re Martineau*, [1978] 1 C.F. 312; *Martineau c. Matsqui (no 1)*, *supra*, note 9; *Le Ministre de la main-d'oeuvre et de l'immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470.

²² *Ibid.*, à la p. 254.

communiquer les motifs du transfèrement était en l'espèce nécessaire à la protection des informateurs. Néanmoins, le juge ouvre la porte à une intervention limitée des tribunaux:²³

Je ne dis pas qu'un détenu ne peut jamais être en droit de contester, pour manque d'équité, une décision de transfert prise à son égard. Certaines circonstances pourraient faire naître un tel droit.

Dans *Cline c. Reynet*²⁴ le juge Addy propose qu'une décision de transfèrement ne soit cassée que lorsqu'il est clair et non équivoque qu'elle entraîne une injustice sérieuse ou qu'il y a mauvaise foi ou partialité des autorités carcérales. Dans *Collin c. Lussier*²⁵ le transfèrement est contesté parce qu'il n'y a aucune preuve au dossier démontrant que le détenu était un risque communautaire suffisamment élevé pour être incarcéré dans un pénitencier à sécurité maximum. Dans *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*,²⁶ le juge Muldoon considère que le transfèrement de Hay constitue l'exemple par excellence de la partialité et de l'arbitraire des autorités carcérales. Le transfèrement, dans cette affaire, avait été ordonné pour satisfaire à une simple politique administrative, alors que le dossier du détenu ne faisait mention d'aucune faute ou mauvaise conduite.

À ce stade de l'évolution de la jurisprudence, on constate que l'équité n'est appliquée qu'aux motifs de la décision elle-même. La jurisprudence refuse d'accorder aux détenus le droit d'être informé préalablement des raisons du transfèrement et de faire valoir leurs moyens. Cette tendance peut s'expliquer de deux façons. Premièrement, le fait de considérer que les détenus n'ont aucun droit en jeu²⁷ influence directement l'étendue de l'équité jugée nécessaire.²⁸ Deuxièmement, ce refus d'accorder des garanties particulières en matière de procédure s'explique par la grande retenue des

²³ *Ibid.*, à la p. 255.

²⁴ *Supra*, note 13, à la p. 5. Voir aussi, *Lasalle c. Tribunal disciplinaire de l'établissement Leclerc*, C.F. T-1363-83 (J. Walsh), 30 nov. 1983, à la p. 15, (1983), 5 Admn. L.R. 23; *Butler c. R.*, C.F. T-768-83 (J. Walsh), 31 mars 1983, (1983), 5 C.C.C. (3d) 356.

²⁵ [1983] 1 C.F. 218, à la p. 233.

²⁶ (1985), 13 Admn. L.R. 17 (C.F.). Voir également, *Lasalle c. Tribunal disciplinaire de l'établissement Leclerc*, *supra*, note 24. La décision de transférer le détenu fut cassée tant parce qu'elle violait l'équité en matière de procédure que parce qu'elle était fondée sur deux délits qui furent 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.

²⁷ *Re Anaskan and the Queen*, *supra*, note 10, à la p. 361; *Magrath c. R.*, *supra*, note 12, à la p. 255; *Bruce c. Yeomans*, *supra*, note 19, à la p. 588; *Sauvageau c. R.*, *supra*, note 13, à la p. 4; *Re Rowling and the Queen*, *supra*, note 13, à la p. 175; *Page c. Yeomans*, *supra*, note 18, à la p. 3; *Butler c. R.*, *supra*, note 24, à la p. 13; *Bruce c. Reynet*, [1979] 2 C.F. 697, à la p. 715: "Évidemment, une personne purgeant une peine d'emprisonnement perd inévitablement beaucoup de droits, tels que celui de la liberté et de la propriété, et ne jouit que des droits autorisés par le Règlement."

²⁸ *Martineau c. Matsqui (No 2)*, *supra*, note 14, aux pp. 628-629 (J. Dickson).

tribunaux en matière carcérale telle que recommandée par le juge Pigeon dans *Martineau (No 2)*.²⁹ Le passage suivant de l'arrêt *Cline c. Reynett*³⁰ est très souvent cité et illustre très bien cette retenue:

J'aimerais ajouter que, sauf dans les cas clairs et non équivoques d'injustice sérieuse où il y a mauvaise foi ou partialité, les juges, en règle générale, doivent résister à la tentation de faire usage dans l'atmosphère solennelle et feutrée du prétoire de leur sagesse *ex officio* et de substituer leur propre jugement à celui des administrateurs expérimentés des prisons. . . . *De même, les tribunaux devraient éviter d'énoncer des règles de conduite détaillées à l'adresse de ces administrateurs car ils n'ont que fort peu de connaissances pratiques des problèmes que soulèvent le maintien de la sécurité des prisons en général* et les cas de tension spécifiques, de pression et de danger qui existent dans une prison quelconque ou dans une situation donnée.

Les tribunaux considèrent que pour savoir si une décision viole l'obligation d'équité dans la procédure, il faut se référer aux dispositions législatives qui encadrent le pouvoir décisionnel.³¹ Outre l'obligation de consultation du dossier du détenu avant le transfèrement,³² on ne trouve aucune obligation procédurale dans la Loi ou le Règlement. Dans ces conditions, les tribunaux sont d'avis qu'il revient au Commissaire, en vertu de son pouvoir d'émettre des directives, et non aux cours de justice, de légiférer en matière de procédure.³³ Le contrôle des tribunaux en matière de procédure se limite donc à la vérification du respect des directives applicables aux transfèvements.³⁴

La jurisprudence s'est peu à peu libérée de cette tendance. Ainsi le juge Strayer, dans *Jamieson c. Commissioner of Corrections*,³⁵ considère conforme à l'équité procédurale la note de service prévoyant qu'un transfert non volontaire doit être précédé d'un avis écrit énonçant les motifs, doit permettre au détenu de soumettre des objections écrites et garantir que ces remarques seront étudiées avant que la décision soit prise. Le service correctionnel invoquait la jurisprudence traditionnelle selon laquelle les

²⁹ *Ibid.*, à la p. 637: "Il est particulièrement important de n'accorder de redressement que dans des cas d'injustice grave et de bien veiller à ce que ces procédures ne servent pas à retarder le châtement mérité au point de le rendre inefficace, sinon de l'éviter complètement."

³⁰ *Supra*, note 13, aux pp. 5-6. (Mots mis en italique par l'auteur.)

³¹ *Pilon c. Yeomans*, *supra*, note 19, à la p. 939; *R. c. Chester* (1985), 5 Admin. L.R. 111 (H.C. Ont.); *Magrath c. R.*, *supra*, note 12; *Sauvageau c. R.*, *supra*, note 13; *Cline c. Reynett*, *supra*, note 13; *Page c. Yeomans*, *supra*, note 18; *Bruce c. Yeomans*, *supra*, note 19; *Butler c. R.*, *supra*, note 24.

³² Art. 14 R.S.P.

³³ *R. c. Chester*, *supra*, note 31, à la p. 139: "It is not for the Court to prescribe procedures which must be followed, as here suggested, but rather to determine whether the process employed by lawful authority violates rights established by the common law or by statute to the extent that continued detention is illegal."

³⁴ *Mitchell c. Crozier*, [1986] 1 C.F. 255; *Pilon c. Yeomans*, *supra*, note 19.

³⁵ (1986), 2 F.T.R. 146, 51 C.R. (3d) 155.

tribunaux refusent de s'immiscer dans les affaires carcérales. On rappelle plus particulièrement l'avertissement de l'arrêt *Cline c. Reynett*. Le juge Strayer ne conteste pas le bien-fondé de cet avertissement, mais ajoute:³⁶

Je suis pleinement d'accord avec l'esprit de cette observation. Il ne faut pas s'attendre à ce que des procédures formelles et méticuleuses soient suivies dans la prise de décisions relatives à ces transfèrements qui relèvent de la routine administrative, mais la Cour manquerait à son devoir si elle n'exigeait pas une certaine preuve que les obligations fondamentales de traitement équitable ont été respectées.

Par la suite, la jurisprudence est constante à soutenir que l'équité procédurale en matière de transfèrement offre des garanties indépendantes du contenu des directives du Commissaire.³⁷

L'équité en matière de procédure comporte deux exigences ou règles: le droit de connaître ce qui est reproché et le droit de présenter une défense adéquate.³⁸ Ces deux règles reçoivent une portée propre à assurer des décisions équitables en contexte carcéral, vu sa nature et ses besoins spécifiques.

A. Le droit d'être informé des motifs de la décision

Le droit du détenu de connaître les motifs au soutien de la décision est un prérequis essentiel à l'exercice de son droit de faire valoir adéquatement des moyens. La portée de ce droit aura une influence sur la qualité des moyens invoqués à l'encontre d'un transfèrement.

Il est reconnu que cet avis doit être transmis avant que le transfert ait lieu,³⁹ sauf dans les cas d'urgence.⁴⁰ Dans ce dernier cas, il revient

³⁶ *Ibid.*, aux pp. 144-150 (F.T.R.), 162 (C.R.).

³⁷ *DeMaria (No 1) c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74 (C.A.); *Jamieson c. Commissioner of Corrections*, *supra*, note 35; *Hnatiuk c. R.* (1987), 12 F.T.R. 44; *Seymour c. McGregor*, C.F. T-2577-87 (J. Collier), 21 décembre 1987; *Jacobson c. Le Comité régional des transfèrements (Pacifique)*, C.F. T-2307-86 (J. Strayer), 14 avril 1987; *McCauley c. L'Institution de Ferndale*, C.F. T-1690-87 (J. Collier), 12 août 1987; *McInroy c. R.* (1985), 13 Admin. L.R. 8, à la p. 15 (C.F.); *Kelly c. Procureur général du Canada*, C.F. T-1260-87 (J. Denault), 24 juillet 1987, à la p. 12.

³⁸ *Martineau c. Matsqui (No 2)*, *supra*, note 14, à la p. 624 (J. Dickson); *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Reg. Police Commrs*, *supra*, note 14, aux pp. 327-328; *Selvarajan c. Race Relation Board*, *supra*, note 15, à la p. 19; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, *supra*, note 14, à la p. 653; *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'U.S.D.*, [1985] 2 R.C.S. 622. La trilogie *Cardinal*, *Morin*, *Miller* est très importante car la Cour suprême a donné un 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 a imposé les règles d'équité procédurale à un officier, à savoir un directeur de pénitencier. Pour des commentaires sur ces trois arrêts, voir A. Manson, *Case Comment* (1986), 16 Admin. L.R. 285; J.M. Evans, *Developments in Administrative Law: The 1985-86 Term* (1987), 9 Sup. C. L. Rev., aux pp. 10-31.

³⁹ *Lasalle c. Tribunal disciplinaire de l'établissement Leclerc*, *supra*, note 24, à la p. 14.

⁴⁰ *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, *supra*, note 14, à la p. 655. Dans cette affaire, il s'agissait du pouvoir du Directeur d'imposer la ségrégation en vertu de l'art. 40(1) *R.S.P.* Nous soumettons que le passage suivant s'applique en matière de transfert

aux autorités de faire la preuve que le transfert était justifié dans les circonstances.⁴¹

L'avis doit remplir certaines conditions formelles. Ainsi, il doit énoncer les motifs au soutien de la décision d'une manière la plus précise possible. On exige plus que des motifs suffisants; on exige des motifs spécifiques. Cette exigence sur la précision des motifs est justifiée par le droit du détenu de présenter une défense adéquate. On trouve dans *Demaria (No 1) c. Comité régional de classement des détenus*,⁴² de la Cour d'appel fédérale, le passage qui fait autorité sur cette question:

Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, on n'entend pas tenir une audience ni conférer à la personne en cause le droit d'être mise directement en présence de la preuve présentée contre elle, il est particulièrement important que l'avis soit le plus détaillé possible; sinon le droit d'y répondre devient tout à fait illusoire. L'espèce illustre parfaitement de quelle façon un avis insuffisant peut rendre un tel droit inopérant.

On ne peut présumer de la connaissance par le détenu des motifs qui fondent la décision pour excuser un avis insuffisant. Dans *Seymour c. McGregor*⁴³ la Cour fédérale cassa la décision de transfèrement du détenu dans une institution à sécurité plus élevée pour le motif de l'insuffisance de l'avis. L'avis ne mentionnait que ceci: "Nous avons des motifs raisonnables et probables de croire que vous êtes responsable de ces voies de fait", à la suite d'une enquête interne. La réponse du détenu se lisait comme suit:⁴⁴

Je n'ai pas participé aux voies de fait commises contre M. Miller. Je serai en mesure de répondre d'une manière raisonnable et appropriée à ces allégations lorsque je serai avisé des motifs raisonnables et probables que vous dites avoir de croire à ma participation.

Les autorités responsables de la décision lui répondirent qu'il avait suffisamment d'information pour formuler une réponse, et firent référence plus particulièrement à un entretien avec le personnel de la sécurité

car il fait référence à une situation d'urgence en milieu carcéral: "À cause de la nature apparemment pressante ou urgente de la décision d'imposer la ségrégation dans les circonstances particulières du cas, il ne pouvait y avoir d'exigence ni à l'égard d'un avis préalable ni à l'égard d'une audition préalable à la décision."

⁴¹ *Jamieson c. Commissioner of Corrections*, *supra*, note 35; *Spearman c. Gobeil* (1986), 4 F.T.R. 308.

⁴² *Supra*, note 37, à la p. 77. Voir les arrêts suivants traitant du contenu des avis: *Gallant c. Trono* (1988), 19 F.T.R. 150, 62 C.R. (3d) 267, renv. par [1989] 3 C.F. 329 (C.A.); *Mitchell c. Crozier*, *supra*, note 34, aux pp. 268-269; *Jamieson c. Commissioner of Corrections*, *supra*, note 35; *R. c. Chester*, *supra*, note 31: fournir au moins au détenu une liste d'ensemble des documents disponibles à prendre en considération et un résumé du contenu de ceux-ci; *McInroy c. R.*, *supra*, note 37; *Poirier c. Le comité disciplinaire du centre fédéral de formation*, C.F. T-2319-88 (J. Pinard), 19 décembre 1988, à la p. 8.

⁴³ *Supra*, note 37; *a contrario*, voir: *Smoke c. Commissaire correctionnel*, C.F. T-2802-84 (J. Reed), 26 juin 1985. Malgré le fait qu'aucun avis des motifs du transfèrement n'ait été remis au détenu, la cour présuma que celui-ci était suffisamment au courant de sa classification sécuritaire pour que ce défaut ne vicie pas la procédure.

⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 4.

préventive. Après avoir établi que la conversation à laquelle on se référerait n'était pas une interview mais un interrogatoire qui avait eu lieu avant que la décision de transfèrement ne soit prise et que rien ne justifiait de ne pas avoir transmis, à la demande expresse du détenu, l'essentiel des motifs, le juge Collier considère que le test proposé par *DeMaria (no 1)* ne fut pas respecté:⁴⁵

En dernière analyse, il s'agit de déterminer non pas s'il existe des motifs valables pour refuser de communiquer ces renseignements mais plutôt si les renseignements communiqués suffisent à permettre à la personne concernée de réfuter la preuve présentée contre elle.

En fait les tribunaux sont rigoureux sur le contenu de l'avis, qui doit être complet en matière de transfèrements où aucune audition orale n'est prévue. Cela apparaît d'ailleurs conforme à la position de la Cour suprême, dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*,⁴⁶ selon laquelle il est insuffisant de prétendre que le détenu savait pourquoi il est mis en ségrégation ou transféré; il a le droit de connaître les motifs précis du décideur.

Il existe néanmoins une exception à la divulgation de tous les détails au soutien de la décision de transfèrement; il s'agit des informations confidentielles. Ainsi dans *DeMaria (No 1)*⁴⁷ au soutien de son refus de divulguer les détails de ce qu'on reprochait au détenu, le Comité régional de classement répondait:

... que tous les renseignements obtenus par le Service correctionnel du Canada en matière de sécurité sont confidentiels et ne peuvent être communiqués à l'avocat d'un détenu.

La Cour fédérale admet que les autorités correctionnelles sont justifiées de ne pas divulguer des sources de renseignements confidentielles afin de protéger les indicateurs.⁴⁸ On reconnaît également que la confidentialité

⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 13. Citation tirée de *DeMaria (No 1) c. Comité régional de classement des détenus*, *supra*, note 37, à la p. 78.

⁴⁶ *Supra*, note 14, à la p. 659. Pour un exemple d'une affaire où on a présumé de la connaissance du détenu, voir: *Smoke c. Commissaire correctionnel*, *supra*, note 43.

⁴⁷ *Supra*, note 37, à la p. 76.

⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 77. *Collin c. Lussier*, *supra*, note 25, à la p. 235, renversé pour d'autres motifs, [1985] 1 C.F. 124 (C.A.); *Cadieux c. Établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378, à la p. 397; *Gallant c. Trono*, *supra*, note 42: la cour annula le transfert au motif que les autorités correctionnelles pouvaient donner plus d'informations aux détenus tout en assurant la protection des indicateurs (à la p. 6). Le juge Dubé considère l'information si faible qu'elle oblige les détenus à combattre des fantômes. La Cour d'appel a renversé cette décision: *Gallant c. Canada*, [1989] 3 C.F. 329. Les juges Pratte et Marceau, de la majorité, arrivent par des motifs différents à la conclusion que l'ordonnance de première instance doit être annulée. Le juge Pratte considère que les principes de justice fondamentale sont moins souples que les règles de justice naturelle et d'équité: ils ne peuvent être restreints pour donner effet à l'intention du législateur. Les principes de justice fondamentale ne peuvent être modifiés qu'en conformité avec l'article 1 de la Charte. Le juge Pratte conclut que la violation de l'article 7 (avis insuffisant) se justifie (confidentialité) dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le juge Marceau est d'avis que la portée de la règle

peut protéger les méthodes de preuve utilisées.⁴⁹ Mais il revient aux autorités correctionnelles de convaincre la cour que les renseignements refusés étaient strictement nécessaires à ces fins:⁵⁰

Outre son caractère invraisemblable, une affirmation générale, comme celle en l'espèce, voulant que [TRADUCTION] "tous les renseignements concernant la sécurité préventive" soient "confidentiels et (ne puissent) être communiqués", est tout simplement trop large pour être acceptée par un tribunal chargé de protéger le droit d'une personne à un traitement équitable.

Les cas de non-divulgence de toute l'information seront rares, car ce qui est exigé des autorités correctionnelles est une démonstration de nécessité et non simplement de commodité.⁵¹

B. *Le droit de faire valoir adéquatement ses moyens*

Le détenu doit avoir la possibilité de faire valoir adéquatement ses moyens à l'encontre d'une décision de transfèrement. Cette garantie est en deux volets: premièrement le détenu doit avoir l'occasion de s'exprimer et, deuxièmement, le décideur doit en tenir compte lorsqu'il statuera sur le transfèrement.

En ce qui concerne le droit de faire valoir ses moyens, le débat tourne autour du droit à une audition orale. Dans *Martineau c. Matsqui (No. 2)*,⁵² le juge Dickson précise que l'équité en matière de procédure n'a pas un contenu fixe, mais plutôt un contenu qui varie "selon les circonstances de chaque cas...". On peut toutefois affirmer, depuis l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*⁵³ de la Cour suprême, que le droit à une "audition équitable" est de l'essence même du devoir d'agir équitablement. Une audition équitable peut être une audition devant l'instance

audi alteram partem varie, tant en vertu de la common law que des principes de justice fondamentale, selon les circonstances de l'espèce et de la nature de la décision à rendre. Considérant que les décisions portant sur les détenus ne doivent pas toutes être traitées de la même façon, le juge Marceau conclut que le transfèrement est justifié par le caractère raisonnable et sérieux de ses motifs. Enfin la juge Desjardins, dissidente, aurait rejeté l'appel au motif que les autorités correctionnelles n'ont pas démontré les raisons qui les autorisaient à prétendre que les renseignements obtenus étaient fiables et les indicateurs crédibles.

⁴⁹ *Cadieux c. Établissement Mountain, ibid.*, à la p. 398.

⁵⁰ *DeMaria (No 1) c. Comité régional de classement des détenus, supra*, note 37, à la p. 78. Sur l'aspect de la confidentialité, voir: *Cadieux c. Établissement Mountain, ibid.*, à la p. 399. La juge Reed dans cette affaire ajoute qu'on ne peut s'attendre à ce qu'un détenu se fie uniquement à la parole de la Commission et propose qu'en cas de litige la cour contrôle les décisions de non-divulgence au moyen d'enveloppes scellées (à la p. 402); *Gallant c. Trono, supra*, note 42; *R. c. Chester, supra*, note 31, aux pp. 145-146. Voir également F. O'Connor, *The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on Parole in Canada* (1985), 10 O.L.J. 336, aux pp. 372ss.

⁵¹ *Cadieux c. Établissement Mountain, ibid.*, à la p. 398.

⁵² *Supra*, note 14, à la p. 630; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent, supra*, note 14, à la p. 654.

⁵³ *Ibid.*, à la p. 661.

décisionnelle ou la présentation d'observations écrites, considérées alors comme un substitut adéquat dans des circonstances appropriées.⁵⁴

La procédure suivie par les autorités correctionnelles en matière de transfèrements se déroule entièrement par écrit. La jurisprudence est unanime à considérer cette procédure conforme à l'équité.⁵⁵ À notre avis, il n'est pas impossible que la présentation d'observations écrites n'accorde pas adéquatement à un détenu la possibilité de contester valablement l'évaluation par les autorités correctionnelles de son implication dans un incident ou ses besoins en matière de sécurité.

On peut penser que certaines questions de fait ou de crédibilité exigent d'être tranchées par voie d'audition, lorsqu'il est difficile pour l'autorité décisionnelle de tirer ses conclusions à partir d'observations écrites. Le pouvoir des autorités en matière de transfèrements n'est pas uniquement destiné à assurer l'ordre dans l'établissement, même s'il peut avoir cet effet. Les transfèrements sont destinés à assurer que les détenus seront gardés dans l'institution qui convient le mieux à leurs besoins en matière de sécurité et de programmes;⁵⁶ dans ce contexte les arguments soumis par les principaux intéressés en ce qui concerne leurs propres besoins doivent pouvoir être exprimés convenablement. Même si la procédure écrite convient ordinairement, une audition orale devrait être tenue si dans les circonstances les observations écrites ne permettent pas au détenu de faire valoir pleinement son point de vue lorsqu'entrent en jeu des questions de fait controversées et des problèmes de crédibilité.

La jurisprudence a également précisé qu'il était insuffisant d'accorder le droit de faire valoir ses moyens si le décideur n'est pas tenu d'en tenir compte:

En même temps, il avait l'obligation d'entendre les appelants et de tenir compte de ce qu'ils avaient à dire à propos de leur participation alléguée à l'incident, de même que de tout autre sujet qui pouvait avoir trait à la question de savoir si la levée de leur ségrégation pouvait introduire un élément perturbateur dans la population carcérale générale et avoir ainsi des conséquences néfastes sur le maintien de l'ordre et de la discipline dans l'établissement.⁵⁷

⁵⁴ *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 213.

⁵⁵ *Jamieson c. Commissioner of Corrections*, *supra*, note 35, aux pp. 148-149 (F.T.R.), 159-161 (C.R.); *McInroy c. R.*, *supra*, note 37, à la p. 14; *Spearman c. Gobeil*, *supra*, note 41, à la p. 311; *Mitchell c. Crozier*, *supra*, note 34, à la p. 267; *Hnatiuk c. R.*, *supra*, note 37; *Pilon c. Yeomans*, *supra*, note 19.

⁵⁶ Articles 13 et 14 R.S.P.

⁵⁷ *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, *supra*, note 14, aux pp. 659-660. Dans l'arrêt *Jamieson c. Commissioner of Corrections*, *supra*, note 35, le juge Strayer annule le transfert pour le motif qu'il n'y a aucune preuve que l'auteur de la décision a tenu compte des réponses du détenu. Le juge précise qu'"il doit être clair que l'auteur de la décision a tenu compte de sa réponse avant de prendre une décision finale concernant le transfèrement."

Il est difficile de mesurer si, malgré la mention dans la décision qu'il a tenu compte des moyens invoqués par le détenu, le décideur a vraiment accordé un certain poids à ces arguments. Dans ces circonstances, le détenu ne peut que se fier à la parole des autorités carcérales, sous le contrôle du juge qui peut intervenir si la décision est vraiment arbitraire.

C. *Le contrôle des abus de pouvoir discrétionnaire*

Traditionnellement, les tribunaux n'acceptaient pas aisément d'examiner le bien-fondé des décisions en matière de transfèrements. La règle était à l'effet qu'un contrôle judiciaire est possible dans les cas clairs où l'on démontre que la décision cause une injustice grave ou est empreinte de mauvaise foi ou de partialité. Le contrôle judiciaire du bien-fondé des décisions en matière de transfèrements apparaissait donc très limité.

En 1985, la Cour fédérale d'appel, dans *Morin c. Comité National*,⁵⁸ élargissait les possibilités du contrôle judiciaire. La majorité précisa que la décision est soumise au contrôle judiciaire si on démontre que les autorités correctionnelles ont abusé de leur pouvoir discrétionnaire.⁵⁹ La majorité s'inspira de l'arrêt anglais *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*⁶⁰ où Lord Upjohn exposa clairement les cas d'ouverture au contrôle, soit:

... a) le fait de refuser catégoriquement d'examiner une question pertinente, ou b) le fait de se donner des directives erronées sur un point de droit, ou c) le fait de tenir compte d'un facteur complètement dénué de pertinence ou n'ayant aucun rapport avec la question, ou d) le fait de négliger complètement de tenir compte d'un facteur pertinent.

La majorité de la Cour d'appel fédérale considéra que le président du Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention avait formulé des directives erronées en droit lorsqu'il prit la décision de maintenir le détenu dans une telle unité malgré son acquittement au criminel. Les juges de la majorité décidèrent que le président avait abusé de sa discrétion en maintenant cette détention alors que tous ses motifs avaient été évalués par le jury avant le prononcé de l'acquittement de meurtre d'un codétenu.

On retrouve quelques exemples dans la jurisprudence où une décision de transfèrement fut cassée parce que les autorités correctionnelles avaient abusé de leur pouvoir discrétionnaire. Ainsi, les pratiques administratives ne sont pas considérées comme des motifs suffisants en soi pour justifier

⁵⁸ [1985] 1 C.F. 3 (C.A.).

⁵⁹ *Ibid.*, aux pp. 18ss; *Martineau c. Matsqui (No 2)*, *supra*, note 14, à la p. 619: "... mais aussi garantissent que les organismes publics qui exercent des pouvoirs touchant les citoyens respectent la compétence qui leur a été attribuée".

⁶⁰ [1968] A.C. 997, à la p. 1058 (H.L.). Traduction tirée de *Morin c. Comité national*, *supra*, note 58, à la p. 19.

le transfert d'un détenu. Dans *McCauley c. L'Institution de Ferndale*⁶¹ le détenu, qui ne pouvait retourner à temps à Ferndale à la fin de sa treizième absence temporaire, avait pris un arrangement avec le service de police local pour y être conduit. Au lieu d'être mené à Ferndale, le détenu McCauley fut conduit à un pénitencier à sécurité supérieure (maximale). Les autorités correctionnelles invoquaient, pour seul motif, une pratique administrative de transfèrement des détenus illégalement en liberté. Malgré cette constatation, le juge Collier cassa la décision de transfèrement parce qu'aucune des règles procédurales n'avait été observée dans les circonstances. Dans *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*,⁶² le détenu fut transféré d'une institution à sécurité minimale à un établissement à sécurité supérieure (multiple) parce qu'il ne remplissait pas les exigences d'une politique administrative récente. La cour cassa le mandat de transfert parce que la décision était arbitraire.⁶³

... vu qu'il a manifestement mérité le privilège d'être placé à la ferme pénitentiaire et malgré les crimes graves qu'il a commis en 1977, le requérant ne doit pas être déplacé comme un pion simplement parce qu'il fait partie d'une catégorie de détenus visés par le changement de politique en 1984. Il a été porté atteinte au droit du requérant à la liberté restreinte et à la liberté de sa personne dont il jouissait alors qu'il se trouvait à la ferme pénitentiaire, en violation des principes de la justice naturelle étant donné qu'on n'a trouvé aucune faute dans son dossier à la prison.

De même, dans l'affaire *DeMaria (no 2) c. Canada*,⁶⁴ la juge Reed considère qu'il n'y a aucune raison à l'appui de la décision de transfèrement et que les motifs invoqués sont impropres:

Mais fonder une décision de transférer un détenu d'une institution à sécurité moyenne à une institution à sécurité maximale sur le fait qu'un détenu a eu une conversation avec son député constitue un exercice arbitraire du pouvoir administratif ...

Dans l'arrêt *Collin c. Lussier*,⁶⁵ le juge Décary arrive à la conclusion qu'en l'absence de faits précis démontrant que le requérant est devenu un risque sécuritaire dans l'institution, il semble évident que le transfèrement constitue une punition déguisée pour le détenu. Les autorités carcérales habilitées à décider des transfèrements n'ont pas le pouvoir de punir les détenus en vertu des articles 13 et 14 du Règlement; pareille décision est alors nulle.

⁶¹ *Supra*, note 37.

⁶² (1983), 13 Admin. L.R. 17 (C.F.).

⁶³ *Ibid.*, aux pp. 27-28. La version française est tirée du jugement intégral T-692-85 (J. Muldoon), 12 juillet 1985, p. 12.

⁶⁴ *DeMaria (No 2) c. Canada*, [1988] 2 C.F. 480, à la p. 489.

⁶⁵ *Supra*, note 25, à la p. 230, renversé par *Lussier c. Collin*, [1985] C.F. 124 (C.A.). Malgré la position de la Cour d'appel, la décision de première instance conserve toute sa portée en matière de "sécurité" depuis que la Cour suprême a cité et approuvé cette interprétation: *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, *supra*, note 54, à la p. 208; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 105 (J. Beetz).

Dans *Lasalle c. Tribunal disciplinaire de l'établissement Leclerc*,⁶⁶ le juge Walsh cassa la décision de transfèrement du détenu d'un établissement à sécurité moyenne à un de sécurité maximale parce qu'elle s'avérait inéquitable quant à la procédure et quant au fond. Les rapports concernant la conduite du détenu Lasalle révélaient que celle-ci était fort bonne sous tous les aspects. Des gardiens trouvèrent une nuit le détenu couché dans sa cellule en état avancé d'intoxication. À la suite de cet événement, Lasalle fut accusé de quatre inconduites disciplinaires et un transfert fut ordonné au motif que cet incident mettait la sécurité de l'établissement en danger. Après avoir constaté que les obligations procédurales d'équité n'avaient pas été respectées, le juge Walsh évalue le fond de la décision de transfèrement.⁶⁷

... mais encore elle paraît avoir été fondée en partie au moins sur les décisions concernant les deux délits qui viennent d'être cassées, 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. On n'a pas prétendu que celui-ci était narcomane, ni diffuseur de drogue, ni qu'il avait participé à quelque violence ou tentative d'évasion ou autre. Sûrement, des gardiens de prison devraient pouvoir faire face à un incident isolé de conduite désordonnée due à l'ébriété, tout comme on attend des policiers qu'ils puissent maîtriser les citoyens en état d'ébriété sur la voie publique, ce qu'ils font tous les jours, sans qu'un incident de ce genre, unique, justifie de conclure que le requérant représentait un danger pour la sécurité de l'établissement.

Le pouvoir discrétionnaire en matière de transfèrements est bien encadré par les articles 13 et 14 du Règlement. Ces dispositions prévoient que le choix d'un pénitencier pour un détenu en particulier doit être fait après une étude minutieuse des besoins en matière de sécurité et de programmes de ce détenu. Le contrôle judiciaire des actes administratifs, si limité soit-il, existe néanmoins pour assurer que les titulaires d'un pouvoir discrétionnaire ne fassent échec aux objectifs de la législation.

Le développement du devoir d'agir équitablement en matière de transfèrements permet maintenant aux personnes incarcérées de contester la décision qui les affecte. Par ailleurs, l'événement en 1982 de la Charte canadienne a donné à ces garanties juridiques une valeur constitutionnelle. Nous verrons que la Charte a également étendu la portée de ces garanties. Malgré l'intérêt que suscite la Charte canadienne il faut garder à l'esprit la portée du devoir d'agir équitablement car la Charte ne couvre pas toutes les décisions en matière de transfèrements mais uniquement celles qui portent atteinte aux droits protégés constitutionnellement, notamment le droit à la liberté de l'article 7.

II. *L'impact de la Charte canadienne sur les transfèrements*

Avec la Charte de 1982 le droit public canadien agrandit son emprise sur l'action des pouvoirs publics et modifie à certains égards les règles

⁶⁶ *Supra*, note 24.

⁶⁷ *Ibid.*, à la p. 15 (C.F. T-1363-83).

du jeu: on a assisté à une certaine constitutionnalisation des principes et règles du droit administratif. Les détenus peuvent invoquer la Charte pour contester judiciairement les décisions de transfèrements les affectant, tout comme d'ailleurs l'ensemble des décisions administratives susceptibles de restreindre les droits et libertés constitutionnalisés; il s'agit principalement de ceux visés aux articles 7, 9 et 12 de la Charte de 1982.

A. Le contrôle des décisions de transfèrements sous l'article 7 de la Charte

L'article 7 de la Charte a jusqu'ici eu un impact considérable dans les rapports entre l'administration et certaines catégories d'administrés. Il importe tout d'abord de voir quels droits sont protégés par cette disposition; et d'autre part, d'examiner la double portée de l'article 7: sa portée procédurale et sa portée substantive.

1. Les droits fondamentaux protégés par l'article 7

L'article 7 garantit tant aux détenus qu'à tous autres citoyens qu'il ne sera porté atteinte à leur vie, leur liberté ou à leur sécurité qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Pour qu'un détenu puisse bénéficier de l'application de l'article 7, il doit faire deux démonstrations. Premièrement, il doit faire la preuve qu'on porte ou tente de porter atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité.⁶⁸ Deuxièmement, il doit faire la preuve que cette atteinte n'a pas été faite selon les principes de justice fondamentale. Nous tenterons sous cette section d'évaluer, à ce stade-ci des développements jurisprudentiels, la portée de l'article 7 en matière de transfèrements.

Premièrement, la vie d'un détenu n'apparaît pas vraiment menacée lorsqu'un individu est condamné à purger une peine d'emprisonnement; nos pénitenciers et prisons ne sont pas réputés être des lieux où la vie est menacée. Il en va différemment de la sécurité et de la liberté.

Le concept de sécurité prévu à l'article 7 est complexe et flou. La Cour suprême reconnaît que l'article confère une protection contre les atteintes ou les menaces⁶⁹ à la sécurité physique et psychologique de la personne;⁷⁰ et elle semble admettre que cela puisse s'étendre aux "droits

⁶⁸ Il n'est pas nécessaire que les trois droits énumérés soient en jeu pour réaliser cette première étape. Il suffit qu'un seul soit violé: *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (B.C.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500; *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration, supra*, note 54, aux pp. 204-205.

⁶⁹ *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration, ibid.*, à la p. 207: "... l'expression "sécurité de sa personne" doit englober tout autant la protection contre la menace d'un châtement corporel ou de souffrances physiques que la protection contre le châtement lui-même."; *Collin c. Lussier, supra*, note 25; *R. c. Morgentaler, supra*, note 65, aux pp. 55 (J. Dickson), 173 (J. Wilson).

⁷⁰ *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919-920; *R. c. Morgentaler, ibid.*, aux pp. 55 (J. Dickson), 173 (J. Wilson).

économiques fondamentaux à la vie et à la survie de la personne".⁷¹ La sécurité d'une personne incarcérée est susceptible d'être atteinte de deux façons différentes en matière de transfère­ments: soit par les conditions de détention elles-mêmes du nouveau lieu d'incarcération, soit par l'impact de certaines conditions de détention sur un détenu en particulier. Ainsi, un détenu pourrait invoquer l'atteinte à sa sécurité lors d'un transfère­ment à un établissement à sécurité maximum élevée où les conditions de détention sont extrêmement sévères; ce type d'isolement augmente le stress et l'anxiété.⁷² On peut référer le lecteur à l'arrêt *McCann c. R.*⁷³ où il fut même déclaré que les conditions d'incarcération à l'unité correctionnelle étaient cruelles et inusitées.

Certaines conditions de détention peuvent atteindre plus particulière­ment un détenu donné. L'atteinte à la sécurité de la personne peut varier dans un même pénitencier d'un individu à l'autre. Ainsi, un transfère­ment peut menacer la sécurité d'un détenu lorsqu'il est transféré d'une garde sous protection à la population carcérale générale, ou transféré vers un centre où des individus menaçants pour ce détenu sont gardés, ou vers un centre où il ne peut recevoir de soins médicaux, psychiatriques ou des aliments adéquats, etc.⁷⁴ On peut citer à titre d'exemple l'affaire *Collin c. Lussier*⁷⁵ où le détenu fut transféré d'un pénitencier à sécurité moyenne vers un autre à sécurité maximale. Il prétendait que ce transfère­ment mettait en danger sa sécurité vu son mauvais état de santé. La Cour accepta sa prétention:⁷⁶

... 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.

⁷¹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 1004; d'autres tribunaux, notamment la Cour d'appel de Colombie-Britannique, ont avancé que la sécurité et la liberté peut couvrir le domaine économique: *Wilson c. B.C. Medical Service Commission* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171. En matière de protection économique, voir P. Garant, *Droits fondamentaux et justice fondamentale*, dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés* (Montréal, Wilson & Lafleur, 1989), 381, pp. 398-399.

⁷² *McCann c. R.*, [1976] 1 C.F. 570, à la p. 599; *Dubois c. Sauvé*, C.F. T-1418-83 (J. Dubé), 20 janvier 1984, à la p. 10. Dans cette affaire, le juge Dubé ne reconnaît pas qu'un séjour en U.S.D. puisse porter atteinte à la sécurité.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Voir à titre d'exemple l'arrêt *Bruce c. Reynett*, *supra*, note 27, aux pp. 703-704, où le détenu Bruce allègue certaines craintes qui auraient pu constituer un début de preuve d'une atteinte à sa sécurité si la Charte avait été en vigueur. En avril 1979 le détenu avait passé environ huit années sur neuf en isolement cellulaire dans des conditions sévères d'incarcération. Malgré cette expérience, il craignait d'être transféré à l'U.D.S. de Millhaven en Ontario. Outre l'éloignement de ses parents et amis, il craignait l'attitude du personnel à cause de sa réputation et que les autres détenus décident d'en faire un leader. De plus, des médecins et psychiatres recommandaient son transfert dans un centre de psychiatrie à sécurité maximum en Colombie-Britannique (Matsqui). Voir également, *Poirier c. Le Comité disciplinaire du Centre fédéral de formation*, *supra*, note 42, à la p. 10.

⁷⁵ *Supra*, note 25.

⁷⁶ *Ibid.*, à la p. 239. Voir également la note 65.

Même s'il n'existe pas de développement jurisprudentiel sur le concept de sécurité en milieu carcéral, il ne fait aucun doute qu'il s'applique aux détenus. Mais à l'heure actuelle, c'est surtout le concept de liberté qui est invoqué par les détenus pour faire casser des décisions des autorités correctionnelles, notamment en matière de transfèrements.

Le droit à la liberté de la personne est le troisième droit protégé par l'article 7 de la Charte. Comme nous l'avons vu précédemment les attentes des personnes incarcérées en matière de liberté ne sont pas aussi grandes que celles des citoyens ordinaires. Néanmoins, il est reconnu maintenant que la sentence d'emprisonnement ne prive pas l'infracteur de tous ses droits en matière de liberté; il ne perd que ce qui est expressément ou implicitement prévu par la Loi.⁷⁷

La Cour suprême, dans *Dumas c. Centre de détention Leclerc*,⁷⁸ énonce les circonstances susceptibles d'entraîner une privation de liberté en contexte correctionnel:

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.

Un transfèrement peut porter atteinte à la liberté résiduelle d'un détenu parce qu'il est susceptible de modifier les conditions de détention. Plus précisément, il y a atteinte à la liberté lorsque les conditions imposées sont plus restrictives et sévères. Le concept de "prison au sein d'une prison"⁷⁹ renvoie à l'atteinte aux droits dont continuent de jouir les personnes incarcérées, soit leur liberté résiduelle.⁸⁰ La classification des pénitenciers par degré de sécurité offre des lieux d'incarcération où il y a une gradation importante de privation de liberté. La Cour suprême, dans *R. c. Miller*⁸¹ décrit ainsi la modification aux conditions de détention qui correspond à une privation de liberté:

De fait, un prisonnier a le droit de ne pas être privé illégalement de la liberté relative ou résiduelle accordée à la population carcérale générale d'un établissement. Toute privation appréciable de cette liberté, comme celle qui résulte du transfert à une

⁷⁷ *Solosky c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839; *Martineau c. Comité de discipline de l'institution de Matsqui (No 2)*, *supra*, note 14, à la p. 622: "De plus, la décision du comité avait pour effet de priver une personne de la liberté en l'incarcérant dans une "prison au sein d'une prison"."; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, *supra*, note 14, à la p. 659; *R. c. Miller*, *supra*, note 38, aux pp. 637, 641; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'U.S.D.*, *supra*, note 38; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459. Sur la question des droits résiduels des détenus, voir: J.W. Conroy, *An Introduction to Canadian Prison Law* (1989), pp. 6-14, et H.R.S. Ryan, *The Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Canadian Correctional System*, [1983] *Can. Human R.Y. Book* 99, aux pp. 108-110.

⁷⁸ *Ibid.*, à la p. 464.

⁷⁹ *Martineau c. Comité de discipline de l'institution Matsqui (No 2)*, *supra*, note 14, à la p. 622.

⁸⁰ *Solosky c. R.*, *supra*, note 77, à la p. 839; *R. c. Miller*, *supra*, note 38, à la p. 637.

⁸¹ *R. c. Miller*, *ibid.*, à la p. 637.

unité spéciale de détention, satisfait à la première des exigences traditionnelles pour la délivrance d'un bref d'*habeas corpus*, à savoir qu'il y ait eu privation de liberté.

L'atteinte à la liberté résiduelle d'un détenu ne résulte pas uniquement de l'imposition de contraintes physiques supplémentaires; la liberté des personnes incarcérées est un concept plus large que cela. Ainsi, dans *Cardinal c. Directeur de l'établissement de Kent*,⁸² la Cour suprême considère que la ségrégation administrative constitue une détention beaucoup plus restrictive et sévère que celle imposée à la population carcérale générale. Cette forme de détention est jugée sévère parce qu'elle restreint gravement la mobilité, les activités et les contacts avec les autres détenus.⁸³ Dans d'autres arrêts, on considère que l'atmosphère plus lourde, les fouilles plus fréquentes, l'accès aux services récréatifs plus limité, sont des restrictions à la liberté résiduelle.⁸⁴ Cependant, la jurisprudence fait une distinction entre des établissements moins plaisants de même niveau de sécurité,⁸⁵ et des établissements à degré de sécurité différent, là où la garde des détenus est plus étroite et donc les libertés moindres.⁸⁶

Lorsqu'on examine la classification des pénitenciers on constate que plus le degré de sécurité est élevé plus les mesures de garde sont serrées et donc la mobilité du détenu réduite, ce qui influe sur les activités et les contacts des détenus. Nous estimons donc que la décision de transférer un détenu vers un pénitencier où le degré de sécurité est plus élevé porte atteinte au droit à la liberté des personnes incarcérées.

De plus, en appliquant la théorie des "conséquences théoriques" développée par la Cour fédérale en matière d'inconduites disciplinaires,⁸⁷ on peut avancer que le transfèrement vers un établissement à sécurité plus élevée est susceptible de prolonger l'incarcération.⁸⁸ Un transfèrement peut avoir comme conséquence de retarder la mise en liberté sous conditions et d'empêcher l'attribution d'une réduction de peine.

⁸² *Supra*, note 14, à la p. 653.

⁸³ *Ibid.*, à la p. 648.

⁸⁴ *Bolian c. Regional Transfer Board* (1988), 62 C.R. (3d) 258 (H.C. Ont.).

⁸⁵ *Re Rowling and the Queen*, *supra*, note 13. La cour a refusé d'accorder le redressement demandé par un détenu qui se plaignait d'un transfèrement vers un établissement moins plaisant.

⁸⁶ *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 62, aux pp. 27-28.

⁸⁷ Voir à titre d'exemple: *Bailey c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Mission* (1987), 6 F.T.R. 69; *Savard c. Tribunal disciplinaire de l'établissement d'Edmonton* (1983), 3 F.T.R. 1; *Tremblay c. Établissement Laval*, [1987] 3 C.F. 73; *Engen c. The Disciplinary Board of Kingston Penitentiary*, C.F. T-487-1987 (J. Denault), 24 juillet 1987.

⁸⁸ Le groupe de travail de la Révision du droit correctionnel, dans son document de travail No 1, *La Philosophie correctionnelle*, est d'avis que cet effet porte atteinte à la liberté des détenus (p. 26): "... toute décision rendue en matière correctionnelle et touchant la liberté d'un détenu, c'est-à-dire susceptible de prolonger son incarcération ou de le placer dans un milieu plus restrictif, soit conforme aux principes de justice fondamentale."

L'incarcération dans un pénitencier à sécurité élevée a un effet négatif sur l'obtention éventuelle d'une libération conditionnelle. En effet, les détenus qui y sont incarcérés sont étiquetés comme des individus constituant une grave menace pour autrui et nécessitant un environnement très structuré.⁸⁹ Ces détenus ne sont pas des candidats idéaux à la libération conditionnelle. Ils devront attendre que leur comportement soit jugé acceptable dans un pénitencier à sécurité moindre pour s'en prévaloir. Il faut ajouter à cela que la politique en matière de libération conditionnelle est à l'effet que le passage d'un établissement à sécurité élevée à la liberté est trop "dépayçant", la transition trop brutale;⁹⁰ c'est pourquoi on procède normalement à un déclasserement graduel, à savoir une cédule de transfèrement qui amène le détenu à un pénitencier à sécurité moindre au fur et à mesure que le jour de sa libération conditionnelle approche.

De plus, dans certaines circonstances, c'est la décision de transférer un détenu qui influencera la décision de ne pas lui octroyer une réduction de peine méritée. En effet, les cinq jours de réduction de peine accordée au détenu pour bonne conduite dans l'établissement où il est incarcéré peuvent ne pas lui être octroyés en cas de transfert.⁹¹

La décision des autorités correctionnelles de transférer un détenu est donc susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à la liberté de la personne qui en fait l'objet. Cette atteinte violera la protection constitutionnelle de l'article 7 si elle n'est pas prise conformément aux principes de justice fondamentale. Lorsqu'il y a atteinte à des droits aussi fondamentaux que la sécurité et la liberté de la personne, la Charte requiert un processus de transfèrements fondamentalement équitable.

2. La portée procédurale de la protection offerte: la justice fondamentale procédurale

L'article 7 offre un large éventail de garanties en matière de procédure. Comme le précise le juge Lamer, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*,⁹² il ne faut pas se surprendre que plusieurs des principes de justice fondamentale relèvent, de par leur nature même, du domaine procédural. Il cite fort à propos le juge Frankfurter de la Cour suprême des États-Unis:⁹³

... l'histoire de la liberté a largement été l'histoire du respect des garanties en matière de procédure.

⁸⁹ Voir les articles 14 et 17 de la Directive No 006 "Classification des établissements" où il est fait mention de la clientèle visée par les établissements à sécurité maximale et à sécurité maximale élevée.

⁹⁰ *Lasalle c. Tribunal disciplinaire de l'établissement Leclerc*, supra, note 24, à la p. 6.

⁹¹ Voir D.C. No 520 "Réduction méritée de peine", paragraphe 8.

⁹² *Supra*, note 68.

⁹³ *Ibid.*, à la p. 513. Les propos du juge Frankfurter sont extraits de l'arrêt *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332, à la p. 347 (1942).

La justice fondamentale offre des garanties procédurales dont le contenu variera selon les circonstances particulières de chaque cas. La justice fondamentale est une notion souple, qui ne s'adresse pas au processus de transfère­ments pour lui-même, mais à l'atteinte aux droits dans chaque cas particulier. Il faut se garder de statuer définitivement sur le contenu procédural du processus de transfère­ments:⁹⁴

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.

La portée des garanties procédurales offertes en vertu du droit administratif dépend de la qualification des fonctions exercées par le décideur. Les tribunaux ont qualifié les fonctions des autorités correctionnelles d'administratives, ce qui a eu pour conséquence que le processus de transfère­ment n'est pas soumis au respect des règles de justice naturelle traditionnelle, mais à celles moins formalistes de l'équité procédurale.⁹⁵

La tendance qui s'est imposée en jurisprudence, dans les premières années de la Charte, était à l'effet que la justice fondamentale n'était pas plus exigeante que les règles de justice naturelle et d'équité procédurale.⁹⁶ Le juge Lamer, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*,⁹⁷ est venu mettre un terme à cette conception étroite des principes de justice fondamentale. Il avance que la justice fondamentale, sans être limitée par les règles de justice naturelle et d'équité, englobe néanmoins ces notions.⁹⁸

Comme nous l'avons étudié précédemment, les garanties procédurales accordées en matière de transfère­ments se résument ainsi: le droit d'être avisé qu'un transfère­ment sera proposé et d'être informé des motifs spécifiques au soutien de cette décision, le droit de contester par écrit cette décision et que le décideur en tienne compte dans la décision finale qu'on doit lui transmettre.⁹⁹ Vu l'inclusion des règles d'équité procédurale dans celles de la justice fondamentale, ces garanties ont maintenant un statut

⁹⁴ *Ibid.* (J. Lamer).

⁹⁵ *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Reg. Police Commissioners*, *supra*, note 14: le juge en chef a parlé d'une notion d'équité, moins exigeante que la protection procédurale de la justice naturelle traditionnelle; *Martineau c. Matsqui (No 2)*, *supra*, note 14, à la p. 630: "L'équité ne comporte le respect que de certains principes de justice naturelle", et à la p. 635 (J. Pigeon); *P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, *supra*, note 14, à la p. 755 (J. Estey): "Il faut toujours considérer l'économie globale de la Loi pour voir dans quelle mesure, le cas échéant, le législateur a voulu que ce principe s'applique."

⁹⁶ *R. c. Chester*, *supra*, note 31; *Jamieson c. Commissioner of Corrections*, *supra*, note 35; *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 62.

⁹⁷ *Supra*, note 68.

⁹⁸ *Ibid.*, aux pp. 501-502 et 512-513; *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, *supra*, note 54, aux pp. 212, 213 (J. Wilson); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361.

⁹⁹ Voir la section consacrée aux garanties offertes par le droit administratif. Voir aussi: *Mackay, loc. cit.*, note 10, aux pp. 701-702; *Conroy, op. cit.*, note 77, pp. 60-63.

constitutionnel. Ces garanties sont-elles suffisantes dans chaque cas pour assurer à la personne incarcérée qu'elle ne sera transférée que suite à un processus fondamentalement équitable?

a) *Qu'en est-il de l'audition équitable?*

La décision de transférer un détenu vers un autre pénitencier se fait suite à l'évaluation du dossier du détenu.¹⁰⁰ C'est dans le rapport récapitulatif sur l'évolution du cas que les autorités correctionnelles trouveront les "besoins en matière de classement" d'un détenu.¹⁰¹

Du point de vue du détenu, le rapport récapitulatif sur l'évolution du cas est le document le plus important émanant du Service correctionnel canadien au cours de la sentence. Ce rapport est préparé par l'équipe de gestion des cas et soumis à l'autorité chargée de prendre une décision concernant le transfèrement.¹⁰²

Ce document contient toutes les informations que les divers intervenants du système correctionnel détiennent sur le détenu, soit les inconduites disciplinaires, la libération conditionnelle, les jours de réduction de peine, les programmes suivis, les visites reçues, etc. La décision de transférer un détenu apparaît être la solution appropriée suite à l'évaluation de la "feuille de route" du détenu. Le détenu objet du transfèrement pourra contester par écrit les conclusions relatives à la nécessité de le reclasser ainsi que le niveau de reclassement jugé approprié. Il appert que les observations écrites soumises par le détenu, suite à la recommandation du directeur de l'établissement, permettront aux autorités correctionnelles de prendre une décision fondamentalement juste dans de telles circonstances. Évidemment, il faut alors que le détenu sache sur quoi le directeur s'est fondé pour faire ses recommandations.¹⁰³

Toutefois, il arrive qu'un transfert soit ordonné, suite à une tentative ou à la commission d'une inconduite disciplinaire inadmissible pour le niveau de sécurité de l'établissement où est détenu l'infracteur présumé, sans que le processus disciplinaire soit enclenché ou n'aboutisse à une sanction.¹⁰⁴ Il ne s'agit pas ici de remettre en cause les motifs pour lesquels

¹⁰⁰ Tel qu'exigé par l'art. 14 R.S.P.

¹⁰¹ D.C. No 540 "Transfèrements de détenus", Annexe A, par. 3; D.C. No 700 "Gestion des cas", par. 2.

¹⁰² F. O'Connor, Introduction to Canadian Prison Law and Administration (University of Queen's Press, Kingston), traduction tirée de *Collin c. Lussier*, supra, note 25, à la p. 232.

¹⁰³ *DeMaria (No 1) c. Comité régional de classement des détenus*, supra, note 37, à la p. 77; *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, supra, note 54, aux pp. 214-215.

¹⁰⁴ Le code de discipline des détenus, prévu à l'article 39 R.S.P., énumère des actes prohibés dans les pénitenciers. Ces actes sont tous susceptibles de mettre la sécurité de l'établissement ou du public en danger. *Evans*, loc. cit., note 38, aux pp. 22-23, note qu'un isolement administratif peut également être imposé suite à une inconduite présumée sans que le processus disciplinaire ne soit enclenché.

les autorités correctionnelles procèdent ainsi, mais l'enquête que nécessite le processus de transfère­ments pour être fonctionnel n'a pas les mêmes traits que celle du processus disciplinaire. Il ne fait aucun doute que si le système correctionnel est cohérent c'est par le processus disciplinaire que l'institution sanctionne les inconduites, et c'est selon ce processus qu'elle est investie des pouvoirs nécessaires à l'exécution de cette tâche. On ne retrouve pas à la liste des sanctions la punition du transfère­ment.¹⁰⁵

Les garanties procédurales accordées en matière de transfère­ments sont-elles suffisantes lorsque les autorités correctionnelles procèdent à une enquête sur des questions de fait, telles celles concernant une inconduite disciplinaire alléguée? Dans ces circonstances, les autorités chargées de décider d'un transfère­ment suite à la recommandation écrite du directeur et des observations écrites du détenu sont-elles en mesure de rendre une décision juste? La possibilité de faire des observations écrites est-elle une garantie suffisante offerte au détenu pour faire valoir ses moyens?

À l'heure actuelle, les garanties procédurales jugées suffisantes ne comportent pas le droit à une audition orale en matière de transfère­ments.¹⁰⁶ Les observations écrites sont considérées comme un substitut adéquat à une audition orale. L'équité procédurale ne reconnaît pas le droit à une audition orale comme un droit absolu.¹⁰⁷

Le juge Wilson, dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*,¹⁰⁸ précise que les observations écrites ne satisfont pas aux principes de justice fondamentale dans tous les cas:

Je ferai cependant remarquer que, même si les auditions fondées sur des observations écrites sont compatibles avec les principes de justice fondamentale pour certaines fins, elles ne donnent pas satisfaction dans tous les cas.

Elle poursuit en donnant une illustration très pertinente à notre situation. En effet, l'allégation qu'une inconduite disciplinaire a été commise tourne inévitablement autour de faits qui sont relatés par des témoins:¹⁰⁹

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.

Selon la procédure prévue par les Directives du Commissaire, c'est le chef de l'institution qui recommande aux autorités correctionnelles

¹⁰⁵ Voir l'art. 38 *R.S.P.* et la D.C. No 580, intitulée "Mesures disciplinaires prévues à l'endroit des détenus".

¹⁰⁶ À titre d'exemple, voir *Jamieson c. Commissioner of Corrections*, *supra*, note 35, aux pp. 148 (F.T.R.), 159 (C.R.); *McInroy c. R.*, *supra*, note 37, à la p. 14; *Hnatiuk c. R.*, *supra*, note 37; *Spearman c. Gobeil*, *supra*, note 41, à la p. 311; *Mitchell c. Crozier*, *supra*, note 34, à la p. 267; *Kelly c. Procureur général du Canada*, *supra*, note 37.

¹⁰⁷ *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, *supra*, note 54, à la p. 213; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, *supra*, note 14, à la p. 659.

¹⁰⁸ *Ibid.*, à la p. 213.

¹⁰⁹ *Ibid.*, à la p. 214.

compétentes le transfèrement d'un détenu vers un centre qu'il considère plus adéquat.¹¹⁰ Afin de justifier sa recommandation, le directeur communiquera le dossier du détenu, dont un rapport récapitulatif sur l'évolution du cas où doit être détaillé le ou les incidents justifiant cette mesure.¹¹¹ Donc si les incidents justifiant le transfèrement n'ont pas été auditionnés par les autorités disciplinaires, il revient au directeur et non aux autorités chargées de décider des transfèrements d'évaluer les faits et la crédibilité des témoins. Dans ces circonstances, la négation du droit à une audition orale apparaît impossible à concilier avec les exigences de la justice fondamentale, telle que décrite par la juge Wilson dans l'arrêt *Singh*.

Le processus disciplinaire exige la tenue d'une audition. L'article 38 du *Règlement sur le service des pénitenciers* prévoit qu'un détenu ne peut être puni pour une inconduite disciplinaire qu'après la tenue d'une audition auquel il peut assister.¹¹² La jurisprudence a renforcé cette exigence en accordant aux détenus, au nom de la justice fondamentale, des garanties inhérentes à la tenue d'une audition, à savoir le droit d'être présent durant toute la durée de celle-ci, le droit à l'ajournement, le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins, etc.

Convient-il au nom de la justice fondamentale d'accorder des garanties procédurales différentes lorsqu'il s'agit des transfèrements? Autant le processus disciplinaire que celui des transfèrements sont susceptibles de modifier la durée de l'incarcération (perte ou refus d'octroyer une réduction de peine méritée, éloignement de la date de libération conditionnelle) ou les conditions de détention (isolement disciplinaire, transfert vers un centre où la sécurité est plus élevée). Donc nous croyons que ces processus affectent des droits si fondamentaux que la justice fondamentale exige la tenue d'une audition, lorsqu'elle s'avère nécessaire pour qu'un détenu puisse faire valoir adéquatement ses moyens.¹¹³ Il paraît normal, afin que la décision soit

¹¹⁰ C'est le directeur de l'institution où est incarcéré le détenu qui recommande son transfèrement: D.C. No 540, Annexe B. La décision finale revient soit au commissaire, au sous-commissaire aux programmes et aux opérations correctionnels, au sous-commissaire régional, au sous-commissaire adjoint aux opérations ou à l'administrateur régional des opérations communautaires et carcérales: D.C. No 540, par. 3 à 8. C'est le type de transfèrement qui détermine laquelle de ces autorités aura compétence.

¹¹¹ D.C. No 540 "Transfèrement de détenus", Annexe A, par. 6. Voir également la D.C. No 700 "Gestion des cas".

¹¹² Plus précisément, il s'agit des paragraphes (3) et (4) de l'article 38 *R.S.P.* Il est prévu au paragraphe (6) des exceptions au droit du détenu d'être présent à l'audition.

¹¹³ *Swan c. Attorney General of British Columbia* (1983), 35 C.R. (3d) 135, à la p. 147 (C.S.C.-B.); voir aussi *Re Cadeddu and the Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 629, aux pp. 641-642 (Ont. H.C.):

Considering that the rights protected by s.7 are the most important of all those enumerated in the Charter, that deprivation of those rights has the most severe consequences upon an individual, and that the Charter establishes a constitutionally mandated enclave for protection of rights, into which government intrudes as its peril, I am of the view that the applicant could not lawfully be deprived of his liberty without being given the opportunity for an in-person hearing before his parole was revoked.

fondamentalement juste, que les autorités chargées de prendre la décision entendent elles-mêmes la version de chaque témoin afin d'être en mesure de soupeser leur crédibilité.

b) *Y a-t-il lieu à interrogatoire et contre-interrogatoire?*

Nier le droit de confronter les témoins, c'est réduire considérablement le droit d'un détenu de faire valoir adéquatement ses moyens. Ainsi les observations écrites d'un détenu qui conteste son transfèrement, au motif qu'il n'est pas l'auteur d'une inconduite reprochée, seront limitées à la négation des faits rapportés et aux rétablissement de son occupation du temps lors de l'inconduite. Aucune possibilité n'est offerte tant au directeur, qui recommande le transfèrement, qu'au détenu de confronter les témoins et de tester leur crédibilité. Dans ces circonstances, il ne faudrait pas se surprendre que les autorités accordent plus de crédibilité au personnel du service correctionnel qu'aux détenus.

Le droit à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire est reconnu en matière disciplinaire comme un droit garanti par l'équité et la justice fondamentale. Dans *Blanchard c. Le Comité de discipline de l'établissement de Millhaven*,¹¹⁴ le juge Addy considéra 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 interroger tout témoin. . . .

De même, dans l'affaire *R. c. Desroches*,¹¹⁵ les seuls témoins de l'infraction du prévenu étaient deux membres du personnel de l'établissement. En refusant au prévenu Desroches le droit de contre-interroger ces seuls témoins de l'affaire, on ne lui permettait que de nier sa responsabilité. La cour cassa la condamnation au motif que ce refus constituait une violation du devoir d'agir équitablement.¹¹⁶

Il fut également décidé que le dépôt devant le tribunal disciplinaire de rapports écrits pour contrer la preuve d'un détenu allait à l'encontre du principe d'équité, à moins que son auteur soit disponible pour un contre-interrogatoire.¹¹⁷

Il ne faudrait pas se surprendre si le processus de transfère­ments ressemble au processus disciplinaire lorsqu'il porte sur les mêmes questions. Le respect de la justice fondamentale ne s'établit pas en fonction du type de processus dont on examine la validité. Ce qui intéresse la justice fondamentale procédurale c'est d'assurer à chacun une décision fondamentalement équitable, peu importe les inconvénients administratifs que cela comporte. Lorsqu'un transfèrement est ordonné suite à une inconduite

¹¹⁴ [1983] 1 C.F. 309, à la p. 311.

¹¹⁵ (1983), 5 Admin. L.R. 1. (D.C. Ont.).

¹¹⁶ *Ibid.*, à la p. 13.

¹¹⁷ *Chalk c. Canada*, C.F. T-494-87 (J. Strayer), à la p. 3.

disciplinaire, qui n'a pas été sanctionnée par la procédure équitable du processus disciplinaire, l'équité fondamentale exige que, lorsqu'entrent en jeu des questions de crédibilité, on tienne une audition au cours de laquelle le détenu pourra interroger et contre-interroger les témoins de l'infraction.

3. *La portée substantive de la protection offerte: la justice fondamentale substantive*

L'article 7 de la Charte, en garantissant le respect des principes de justice fondamentale, attribue à ces principes le rôle de paramètre ou de modificatif du droit au respect de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne humaine.¹¹⁸ C'est en d'autres mots les principes de justice fondamentale qui établissent la portée de la protection. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*,¹¹⁹ la Cour suprême a formellement reconnu que l'expression "justice fondamentale" n'a pas uniquement un contenu procédural mais comprend également un contenu substantif.

La Cour suprême a eu l'occasion de préciser que les principes de justice fondamentale se trouvent tant dans les préceptes fondamentaux du processus judiciaire que dans d'autres composantes de notre système juridique.¹²⁰ Ces principes ne couvrent toutefois pas tous les principes de droit mais concernent ceux qui sont essentiels à notre système de justice pour protéger le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité.¹²¹

Pour déterminer si les pratiques des autorités carcérales en matière de transfèrements violent les principes de justice fondamentale, il faut les examiner en fonction des principes de base, des piliers de notre système pénal et correctionnel. Précisons que le choix politique de punir les contrevenants par l'emprisonnement, comme mode de châtement parmi d'autres, ne fera l'objet d'aucun commentaire; il ne s'agit pas ici de mettre en doute la sagesse de ce châtement.¹²²

¹¹⁸ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 68, à la p. 512 (J. Lamer).

¹¹⁹ *Ibid.*, aux pp. 512-513 (J. Lamer), 530-531 (J. Wilson). Voir également Garant, dans Beaudouin et Ratushny, *op. cit.*, note 71, pp. 428-437.

¹²⁰ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *ibid.*, à la p. 512; R. c. *Lyons*, *supra*, note 98, à la p. 327; R. c. *Morgentaler*, *supra*, note 65, aux pp. 70 (J. Dickson), 174 (J. Wilson); R. c. *Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 402.

¹²¹ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *ibid.*, à la p. 531 (J. Wilson). Afin d'éviter que les particuliers soient privés de leurs droits les plus fondamentaux, la Cour suprême recommande qu'on les interprète d'une manière libérale: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344.

¹²² *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *ibid.*, aux pp. 496 (J. Lamer), 533 (J. Wilson). Nous admettons toutefois qu'il puisse être possible de contester ce châtement dans certaines circonstances.

a) *Les objectifs du système correctionnel*

Les objectifs du système correctionnel sont irrémédiablement liés à ceux du système pénal.¹²³ La Commission de réforme du droit énonce que les principes de notre système pénal visent à faire régner la justice, la paix et la sécurité afin d'assurer la protection de la société.¹²⁴ La théorie des peines intervient dans le système pénal afin d'assurer que les sentences imposées aient un rapport avec l'infraction.¹²⁵ La sanction pénale vise plusieurs objectifs, savoir la réinsertion sociale, la dissuasion, le châtement et la prévention. Le mandat confié aux autorités correctionnelles doit concorder avec les objectifs du système pénal et donc avec ceux recherchés par le processus de détermination de la peine.

Dans cet ordre d'idées, la participation du système correctionnel à la réalisation de l'objectif général du système pénal, soit de faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société, est d'assurer que les contrevenants purgeront le châtement imposé sans risque pour autrui, et de les préparer à réintégrer la collectivité à l'expiration de la sentence.¹²⁶

La Cour suprême, dans l'arrêt *R. c. Lyons*,¹²⁷ confirme que l'objet fondamental du droit criminel en général, et donc de ses divers secteurs ou maillons, est de protéger la société. De son côté, le législateur n'a pas incorporé d'énoncé d'objectifs dans la *Loi sur les pénitenciers*. Toutefois, on en trouve un à l'article 3 du Règlement qui illustre bien l'intention du législateur en matière correctionnelle:

... réaliser les fins et les objectifs du service, savoir la garde, la maîtrise, la formation disciplinaire et la réadaptation des personnes condamnées ou envoyées en pénitencier.

Les objectifs du système correctionnel suscitent la controverse. Certains prétendent qu'il devrait uniquement assurer la sécurité de la société par la garde des délinquants. D'autres estiment que le système correctionnel

¹²³ Les fondements de notre système pénal sont considérés par la C.S.C. comme étant des principes de justice fondamentale: *R. c. Lyons, supra*, note 98, à la p. 329. Voir le document de travail No 1 du Groupe de travail de la Révision du droit correctionnel, *op. cit.*, note 88, p. 32: "Par ailleurs, l'objet global du système correctionnel est le même que celui du droit pénal, à savoir celui de contribuer à faire régner la justice, la paix et la sécurité dans la société."

¹²⁴ *Le Droit pénal dans la société canadienne* (Gouvernement du Canada, Ottawa, août 1982), p. 52.

¹²⁵ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act, supra*, note 68, à la p. 533 (J. Wilson).

¹²⁶ Voir le document de travail No 1 du Groupe de travail de la Révision du droit correctionnel, *op. cit.*, note 88, pp. 31, 32. Le Groupe de travail propose cinq moyens généraux permettant au système correctionnel de réaliser l'objectif général du droit pénal. Ces cinq moyens tournent autour des deux fonctions principales du système correctionnel, à savoir assurer la garde et la réinsertion sociale des contravenants.

¹²⁷ *Supra*, note 98, à la p. 329. La Cour suprême des États-Unis est d'avis que les buts de la fonction pénale dans le cadre d'un système judiciaire criminel est "to punish justly, to deter future crime, and to return imprisoned persons to society with an improved chance of being useful, law-abiding citizens": *James A. Rhodes, Governor of Ohio v. Champman*, 452 U.S. 337, à la p. 352 (1981).

a pour mandat de faire régner la justice, la paix et la sécurité, à court terme, par la garde et, à long terme, par la réintégration sociale d'un individu respectueux des lois. Cette dernière position est majoritairement acceptée:¹²⁸

L'un des aspects de l'énoncé d'objet—la nécessité d'assurer le degré de détention et de contrôle requis pour contenir le risque que présente l'infracteur—témoigne de l'intérêt pour les questions de sécurité à court terme en milieu correctionnel et de la nécessité d'éviter les évasions, d'empêcher l'entrée d'objets interdits et de garantir la sécurité du personnel et des détenus. . . . D'autres aspects de notre énoncé d'objet—savoir l'encouragement des détenus à se préparer à une éventuelle mise en liberté et à leur réintégration sociale, et la nécessité d'offrir aux détenus un environnement sûr et sain qui favorise leur réforme personnelle—témoignent des objectifs à long terme du système et du fait que les intérêts à long terme de la société seraient mieux protégés si le système correctionnel avait pour effet d'aider les détenus à devenir ou redevenir des citoyens respectueux de la loi.

Ce double mandat du système correctionnel a un impact considérable sur les moyens qui seront pris pour le réaliser. Ainsi, tel que mentionné à maintes reprises par les observateurs, les autorités correctionnelles n'ont nullement pour mandat de punir les contrevenants; c'est la sentence à l'emprisonnement elle-même qui constitue le châtiment. Dans son Rapport au Parlement, le Sous-comité parlementaire sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada ajoute:¹²⁹

Ceux qui oeuvrent dans le régime d'institutions pénitentiaires n'ont pas l'autorité, la liberté, le droit ni le devoir d'imposer des peines supplémentaires, sauf pour inconduite notoire pendant l'incarcération.

Pour remplir leur mandat, les autorités correctionnelles ont mis en place plusieurs mécanismes de contrôle des délinquants, ainsi que plusieurs programmes destinés à faciliter leur retour à la société. Chacun de ces mécanismes ou programmes doit pour être légitime avoir un objectif correctionnel valide, tout en constituant la mesure la moins restrictive possible afin de ne pas devenir des punitions supplémentaires. Parmi ces mécanismes, on peut citer à titre d'exemple les classements, les libérations conditionnelles, la discipline, les transfèrements ainsi que toute une gamme de programmes éducationnels, d'embauche, de réforme personnelle, etc.

Ainsi pour que les objectifs du processus de transfèrements des détenus soient légitimes, ils doivent correspondre aux objectifs du système correctionnel et à ceux plus larges du système pénal. Les transfèrements de détenus sont autorisés d'une manière générale par l'article 15 de la *Loi sur les pénitenciers*. L'article 13 du Règlement prévoit que le processus

¹²⁸ Document de travail No 5, Les autorités correctionnelles et les droits des détenus (octobre 1987), p. 9; Rapport au Parlement, sous-comité sur le Régime d'institutions pénitentiaires au Canada (1977), p. 46 (deuxième principe de l'incarcération); principe 58 de l'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus et dispositions visant à assurer l'application effective de règles* (O.N.U.), résolution 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957, par laquelle le Comité économique et social approuva ces règles.

¹²⁹ (Ottawa, 1977), p. 47; Document de travail No 1 du Groupe de travail de la révision du droit correctionnel, *op. cit.*, note 88, p. 39 (21ème énoncé de principe).

de transfèrements est le mécanisme du système correctionnel destiné à assurer la détention des détenus dans les pénitenciers qui leur conviennent, tant en matière de sécurité que de programmes.

Essentiellement, les transfèrements autorisés par la Loi et le Règlement visent à assurer la sécurité des établissements pénitentiaires et la réforme personnelle des personnes incarcérées au moyen de programmes qui correspondent aux besoins de celles-ci. Ces objectifs apparaissent conformes aux objectifs du système correctionnel et donc aux principes de justice fondamentale.¹³⁰

b) *Les effets des transfèrements interpénitentiaires*

En plus d'être conforme aux objectifs du système correctionnel et aux principes de justice fondamentale, le mécanisme de transfèrements ne doit pas produire des effets inconstitutionnels. Comme le précise le juge Lamer, dans l'arrêt *R. c. Beare*,¹³¹ ce qu'il faut décider à cette étape, c'est si, dans les circonstances, ce procédé porte indûment atteinte aux droits de la personne.

Les articles 13 et 14 du Règlement prévoient expressément de quelle manière une décision en matière de transfèrements doit être prise. Le Règlement exige que les autorités correctionnelles examinent soigneusement le dossier d'un détenu afin d'être en mesure d'évaluer adéquatement ses besoins en matière de sécurité et de programmes. Ce processus n'est pas arbitraire dans son champ d'application ou irrationnel. Les dispositions du Règlement et des directives en matière de classement ne violent pas les principes de justice fondamentale.

L'existence d'un processus de transfèrements conforme aux objectifs valides du système correctionnel n'exclut pas la possibilité que celui-ci engendre des décisions qui puissent aller à l'encontre de ces objectifs et des principes de justice fondamentale. En fait, le processus prévu au Règlement laisse aux autorités correctionnelles un vaste pouvoir discrétionnaire d'évaluation, selon les circonstances de chaque cas, des besoins en matière de sécurité et de programmes d'un détenu. Les autorités correctionnelles chargées des transfèrements jouissent de ce pouvoir discrétionnaire jusqu'aux limites permises par les dispositions législatives. Il convient donc de se demander à quel moment les autorités correctionnelles excèdent leurs pouvoirs et ainsi violent les principes de justice fondamentale.

La Cour suprême, sous la plume du juge La Forest, a traité de la conformité au principe de justice fondamentale des pouvoirs discrétionnaires

¹³⁰ Le processus de transfèrements est conforme au principe 67 de l'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus et dispositions visant à assurer l'application effective de l'ensemble de règles*.

¹³¹ *Supra*, note 120, à la p. 404. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, note 121, aux pp. 331-334 (J. Dickson).

à quatre reprises, dans *R. c. Lyons*,¹³² *Jones c. R.*,¹³³ *R. c. Beare*,¹³⁴ et dans *United States of America c. Cotroni*.¹³⁵ Il ne fait aucun doute pour la Cour que les pouvoirs discrétionnaires sont légitimes.¹³⁶

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions législatives ne porte pas atteinte, à mon avis, aux principes de justice fondamentale. Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner.

Ce n'est pas l'existence même de ce pouvoir qui viole les principes de justice fondamentale, mais le fait de l'utiliser d'une manière injuste. On retrouve dans les motifs du juge La Forest plusieurs qualificatifs du pouvoir discrétionnaire exercé d'une manière arbitraire. Ainsi, le terme "arbitraire" revient dans chaque passage. Ce terme est accompagné des expressions suivantes: "exercé pour des motifs irréguliers", "agi à d'autres égards d'une manière fondamentalement injuste", "ne peut être tranchée dans l'abstrait", "portent atteinte indûment à la liberté de religion de l'appelant ou à sa liberté", "agi d'une manière injuste" et "était motivée par des considérations illégitimes".¹³⁷ Le juge La Forest ne définit que deux de ces expressions, à savoir que ce qui est arbitraire est contraire à la politique législative et que celui qui agit d'une manière fondamentalement injuste "omet notamment d'examiner les faits ou de prendre en considération équitablement les arguments de l'appelant".¹³⁸

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devient illégal lorsqu'il viole un principe de justice fondamentale. L'exercice d'un pouvoir est balisé par plusieurs principes que l'on retrouve dans notre système de justice, tels que le respect du cadre de l'habilitation législative, de l'équité procédurale ou de la justice naturelle, le fait de ne porter atteinte aux droits que si une preuve justifie cette atteinte et celui d'imposer les mesures ou peines qui restreignent le moins possible les droits des personnes. On peut également se référer à l'arrêt *Morin c. Comité National U.S.D.*,¹³⁹ dans lequel la Cour fédérale cite les quatre exemples de l'exercice illégal d'un pouvoir discrétionnaire donnés par Lord Upjohn dans *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*.¹⁴⁰

Pour faciliter l'exposé sur les limites du pouvoir discrétionnaire nous utiliserons les exemples donnés par le juge La Forest. Il faut toutefois garder

¹³² *Supra*, note 98.

¹³³ [1986] 2 R.C.S. 284.

¹³⁴ *Supra*, note 120.

¹³⁵ [1989] 1 R.C.S. 1469.

¹³⁶ *R. c. Beare, supra*, note 120, à la p. 410.

¹³⁷ *Ibid.*, à la p. 411; *Jones c. R., supra*, note 133, aux pp. 303, 304, 306, 307; *R. c. Lyons, supra*, note 98, à la p. 348.

¹³⁸ *Jones c. R., ibid.*, à la p. 303.

¹³⁹ *Supra*, note 58, à la p. 19.

¹⁴⁰ *Supra*, note 60. Voir le texte à la note 60.

à l'esprit que dans la pratique ces cas d'abus se fondent l'un dans l'autre pour finalement aboutir à la question centrale: les autorités correctionnelles ont-elles abusé de leur pouvoir discrétionnaire?¹⁴¹

(i) *Respect de l'habilitation législative*

Les expressions utilisées par le juge La Forest pour qualifier l'exercice irrégulier d'un pouvoir discrétionnaire renvoient à des principes bien connus en droit canadien. Ainsi les expressions "exercé pour des motifs irréguliers"¹⁴² et "était motivée par des considérations illégitimes"¹⁴³ renvoient au principe voulant que le détenteur d'un pouvoir discrétionnaire n'exerce ce pouvoir qu'en fonction des habilitations prévues d'une manière spécifique ou générale. Dans ce dernier cas on peut également utiliser l'expression plus large d'exercice arbitraire du pouvoir discrétionnaire, contraire à la politique législative.¹⁴⁴

Un transfèrement serait imposé à un détenu pour des motifs irréguliers, des considérations illégitimes ou arbitraires si les besoins de sécurité de l'établissement ou du public et de réforme personnelle du détenu n'exigent pas un transfèrement vers le pénitencier choisi. Ainsi, par exemple, les autorités correctionnelles doivent être en mesure de justifier le choix particulier d'un centre entre plusieurs lorsque le détenu conteste ce choix parce qu'il ne pourra plus bénéficier de la visite de son épouse, de ses enfants, de ses parents et amis. Pour plusieurs détenus, les contacts qu'ils ont avec leur région, la communauté où ils retourneront, leur famille et leurs amis ont un effet positif sur leur réforme personnelle. Il ne s'agit pas de prétendre que les détenus ont le droit de choisir le pénitencier où ils purgeront leur peine. Il s'agit plutôt de s'assurer que les autorités correctionnelles tiendront compte des éléments positifs relatifs à la réforme personnelle des détenus lorsqu'elles choisissent un nouveau lieu d'incarcération. La juge Reed, dans *DeMaria (No. 2) c. Canada*¹⁴⁵ annula un transfert pour divers motifs, dont celui du choix "arbitraire à l'extrême" du centre de détention:

Le directeur a indiqué avoir choisi Millhaven parce que c'est un établissement à sécurité maximale et parce qu'il croyait qu'une amie ou une épouse de fait du détenu se trouvait dans la région de Kingston. Le détenu a une épouse de droit et deux

¹⁴¹ Voir le texte aux notes 136, 137, 138.

¹⁴² *R. c. Beare, supra*, note 120, à la p. 411.

¹⁴³ *R. c. Lyons, supra*, note 98, à la p. 348.

¹⁴⁴ *Jones c. R., supra*, note 133, à la p. 303.

¹⁴⁵ *Supra*, note 64, à la p. 490; *Bruce c. Reynett, supra*, note 27, à la p. 720: "Il appert qu'avant de décider du transfert d'un prisonnier, il faut examiner sa situation familiale et son état de santé." Dans cette affaire la question fut jugée académique car aucune décision en matière de transfèrement n'avait encore été prise. Toutefois, dans *Butler c. R., supra*, note 24, et *Bruce c. Yeomans, supra*, note 19, la Cour fédérale fut d'avis que des projets de mariage, des appels pendants et l'accès aux services de son avocat n'intervenaient pas dans une décision équitable de transfert.

enfants qui ont toujours vécu à Toronto. Les rapports pertinents de l'établissement révèlent que ceux-ci rendent souvent visite au détenu et ont un effet positif sur sa vie. Il existe un établissement à sécurité moyenne plus près de Toronto que les établissements de Millhaven ou de Joyceville: il s'agit de Warkworth. Le transfert à cette institution aurait certes constitué un choix plus approprié si l'objectif de favoriser les relations familiales avait été un facteur important.

Il importe également que le choix d'un pénitencier à sécurité plus élevée puisse rationnellement s'inférer des besoins en matière de sécurité du détenu qui en fait l'objet. Ainsi les autorités correctionnelles doivent être en mesure de justifier pourquoi un pénitencier à sécurité maximum classé S-6 est nécessaire dans le cas d'un détenu provenant d'un pénitencier classé S-4, par exemple. Dans l'affaire *DeMaria (No 2)*, la juge Reed considéra que le motif des autorités pour justifier le transfèrement vers un centre à sécurité maximum était tout aussi arbitraire que le choix du pénitencier dans les circonstances. Les autorités correctionnelles ne pouvaient invoquer que le détenu causait ou avait l'intention de causer du trouble dans l'établissement. Les raisons du transfèrement étaient manifestement d'un autre ordre:¹⁴⁶

Mais fonder une décision de transférer un détenu d'une institution à sécurité moyenne à une institution à sécurité maximale sur le fait qu'un détenu a eu une conversation avec son député constitue un exercice arbitraire du pouvoir administratif et ce, même si le détenu a dit des choses que les fonctionnaires de l'établissement ne voulaient pas qu'on ébruite ou même si les propos exagèrent les faits réels d'une quelconque façon.

Le juge Muldoon, dans *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*,¹⁴⁷ a annulé un transfèrement vers un pénitencier à sécurité plus élevée alors que le dossier du détenu ne justifiait pas l'imposition de pareilles mesures: les autorités correctionnelles invoquaient pour seul motif de transfèrement un changement de politique administrative en matière de garde.

Un transfèrement peut donc être arbitraire ou être fondé sur des motifs irréguliers ou illégitimes, si les autorités correctionnelles l'autorisent alors que les besoins du détenu ne le requièrent pas ou que le centre choisi n'est pas approprié.

(ii) *Mesures les moins restrictives des droits*

Un transfèrement serait également arbitraire et contraire à l'article 7 s'il ne respectait pas le principe de la mesure la moins restrictive. Le choix

¹⁴⁶ *Ibid.*, aux pp. 489-490; voir également l'arrêt *Lasalle c. Tribunal disciplinaire de l'établissement Leclerc*, *supra*, note 24, où le détenu fut transféré à un pénitencier à sécurité maximum après avoir été trouvé saoul dans sa cellule. Les autorités correctionnelles alléguaient qu'il était devenu un danger réel pour la sécurité de l'établissement; *Collin c. Lussier*, *supra*, note 25: le requérant fut transféré dans un pénitencier à sécurité maximale pour des raisons ayant trait à la sécurité, alors qu'il n'existait aucune preuve à l'effet que le détenu était devenu un risque sécuritaire.

¹⁴⁷ *Supra*, note 62.

par les autorités d'un nouveau lieu d'incarcération pour un détenu doit avoir un lien rationnel avec les besoins de ce détenu, tant en matière de sécurité qu'en matière de réforme personnelle. C'est là l'objectif de la politique législative en matière de transfèrements. Un des critères pour vérifier si les autorités correctionnelles n'abusent pas de leur pouvoir discrétionnaire est que l'imposition d'une mesure doit être la moins restrictive des droits des personnes. Le juge La Forest renvoie à ce principe lorsqu'il écrit dans *Jones c. R.*¹⁴⁸ que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne doit pas porter "atteinte indûment à la liberté de religion de l'appelant ou à sa liberté". Les auteurs de rapports sur le système pénitentiaire canadien arrivent à semblable conclusion.¹⁴⁹ De même en juin 1986, le Groupe de travail de la révision du droit correctionnel énonçait ce principe dans son quatrième énoncé de principe de son étude consacrée à la philosophie correctionnelle:¹⁵⁰

4. Dans l'application de la peine, les mesures les moins restrictives doivent être prises de manière à répondre aux exigences de la loi, tout en tenant compte de la nécessité d'assurer la protection du public, ainsi que la sécurité et l'ordre dans l'établissement.

Le principe de la peine la moins restrictive tire ses origines du principe général selon lequel les personnes condamnées à une peine d'emprisonnement conservent tous les droits de membres de la société, à l'exception de ceux qui leur sont retirés ou limités du fait de l'incarcération même.¹⁵¹ Les droits des personnes incarcérées sont généralement qualifiés de "droits résiduels". Les décisions des autorités correctionnelles qui portent atteinte aux droits résiduels des détenus doivent être limitées à ce qui est nécessaire afin d'éviter qu'une partie de l'atteinte ne soit imposée à titre punitif.¹⁵²

La juge Wilson, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*,¹⁵³ qui arrive à la même conclusion que la majorité mais pour des motifs quelque peu différents, est d'avis que les cinq objectifs du système pénal, dont celui de "maintenir la peine au niveau minimum nécessaire pour réaliser les objectifs du système" sont des principes de justice fondamentale:¹⁵⁴

Il est essentiel, dans toute théorie des peines, que la sentence imposée ait un certain rapport avec l'infraction. Il faut que la sentence soit appropriée et propor-

¹⁴⁸ *Supra*, note 133, à la p. 306; *R. c. Beare*, *supra*, note 120, à la p. 404.

¹⁴⁹ Voir à titre d'exemple: *Droit pénal dans la société canadienne* (Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982), à son principe a); Rapport au Parlement du sous-comité sur le Régime d'institutions pénitentiaires au Canada (1977), principe 3 de la deuxième recommandation, p. 47.

On retrouve également un énoncé semblable à l'énoncé 57 du document des Nations-Unies intitulé *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus et Dispositions visant à assurer l'application effective de l'Ensemble des règles*.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, note 88, p. 40.

¹⁵¹ *R. c. Solosky*, *supra*, note 77, à la p. 839.

¹⁵² Rapport au Parlement du sous-comité sur le Régime d'institutions pénitentiaires au Canada (1977), p. 47; Les autorités correctionnelles et les droits des détenus, Révision du droit correctionnel, document de travail No 5 (1987), pp. 4-7.

¹⁵³ *Supra*, note 68, aux pp. 522 ss (J. Wilson).

¹⁵⁴ *Ibid.*, à la p. 533.

tionnelle à la gravité de l'infraction. Ce n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant "méritait" la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l'équité et la rationalité du système.

Qu'il s'agisse d'une peine ou de l'imposition de conditions de détention plus sévères, si dans les deux cas il y a atteinte aux droits fondamentaux, le principe s'applique. Il ne semble faire aucun doute que ce principe se concilie avec la raison d'être des principes de justice fondamentale développés par la majorité dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*,¹⁵⁵ soit d'être destiné à protéger et accroître la valeur et la dignité de la personne humaine, à assurer le respect du règne du droit; c'est un précepte fondamental de notre système juridique, émergeant à titre de présomption de la common law,¹⁵⁶ c'est un paramètre du droit à la liberté protégé par l'article 7 de la Charte.

En matière de transfèvements, les tribunaux sont donc autorisés à évaluer s'il y a une correspondance entre la mesure imposée et les besoins du détenu en matière de sécurité, afin de vérifier si la décision respecte la politique législative en cette matière. On trouve une telle évaluation dans les arrêts *Collin c. Lussier*,¹⁵⁷ *DeMaria (No 2) c. Canada*,¹⁵⁸ *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*¹⁵⁹ et *Lasalle c. Tribunal disciplinaire de l'établissement Leclerc*.¹⁶⁰ Dans ces arrêts, la Cour fédérale arrive à la conclusion qu'aucune preuve ne permet de considérer les détenus comme des risques pour la sécurité et donc qu'ils ne méritent pas d'être transférés dans des pénitenciers à sécurité plus élevée. Certaines circonstances peuvent raisonnablement justifier les autorités correctionnelles de transférer un détenu hors d'un établissement donné. Cela peut être le cas lorsque la présence de ce détenu et d'un individu en particulier peut mettre la sécurité de l'établissement en jeu. Dans ces circonstances, le cas du détenu n'exige pas un reclassement sécuritaire mais une relocalisation dans un région qui convient.

¹⁵⁵ *Ibid.*, à la p. 503. Toutefois, tant que le plus haut tribunal du pays n'aura pas majoritairement statué sur la valeur fondamentale de ce principe, nous ne pouvons qu'émettre l'hypothèse qu'il en est un. Le principe de l'imposition des mesures les moins restrictives apparaît néanmoins être un principe de common law que la Cour suprême a indirectement appliqué au milieu correctionnel par le biais de la liberté résiduelle (*R. c. Solosky, supra*, note 77).

¹⁵⁶ La Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Solosky, ibid.*, a intégré à la common law le principe que les personnes incarcérées ont conservé des droits malgré l'incarcération. Ce principe fut réitéré par la suite; voir à titre d'exemple: *Martineau c. Matsqui (No 2)*, *supra*, note 14; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent, supra*, note 14; *R. c. Miller, supra*, note 38; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'U.S.D., supra*, note 38; *Dumas c. Centre de détention Leclerc, supra*, note 77. Le principe des droits conservés implique nécessairement que les autorités correctionnelles ne peuvent arbitrairement restreindre ceux-ci.

¹⁵⁷ *Supra*, note 25 (48).

¹⁵⁸ *Supra*, note 64.

¹⁵⁹ *Supra*, note 62.

¹⁶⁰ *Supra*, note 24.

(iii) *Présence d'une preuve justifiant l'atteinte*

L'expression "elle [la question de juger si un transfèrement est approprié] ne peut être tranchée dans l'abstrait", utilisée par le juge La Forest dans *R. c. Jones*,¹⁶¹ renvoie à un principe spécifique, à savoir qu'on ne doit pas porter atteinte aux droits d'une personne si aucune preuve ne peut justifier cette atteinte.¹⁶²

Les autorités correctionnelles préfèrent, dans certaines circonstances, transférer un détenu après une inconduite disciplinaire sans que le processus disciplinaire ne soit déclenché. Le principe d'après lequel on ne peut porter atteinte aux droits d'une personne si aucune raison ne le justifie protège le détenu des transfèrements vers des établissements à sécurité plus élevée lorsque les autorités correctionnelles soupçonnent qu'il a commis ou tenté de commettre un acte qui mettrait la sécurité de l'établissement ou du public en danger. Les autorités chargées des transfèrements n'ont pas un pouvoir discrétionnaire aussi large que celui du directeur en matière de sécurité de l'établissement et du public.¹⁶³ Le pouvoir en matière de transfèrements est limité aux besoins du détenu; il faut dès lors que les autorités correctionnelles puissent démontrer que concrètement son comportement exige qu'il soit incarcéré dans un pénitencier à sécurité plus élevée. Toutefois, les autorités seraient justifiées de transférer un détenu dans un établissement de même degré de sécurité pour contrecarrer une inconduite appréhendée. Dans ce dernier cas, il n'y aurait pas d'atteinte au droit à la liberté du détenu.¹⁶⁴

D'une manière plus générale, chaque transfèrement doit être fondé sur les besoins en matière de sécurité d'un détenu et sur ses besoins en matière de réforme personnelle. Dans l'arrêt *Smoke c. Commissaire correctionnel*,¹⁶⁵ le détenu fut, à la suite de la révocation de sa libération conditionnelle, transféré d'un "moyen" à un "maximum" pour les mêmes

¹⁶¹ *Supra*, note 133, à la p. 306.

¹⁶² L'absence de preuve est considérée comme une violation des principes de justice naturelle. Voir *Commission de la Fonction publique c. Marchand*, [1985] 1 C.A. 47; D.W. Elliot, *No Evidence: a Ground of Judicial Review in Canadian Administrative Law?* (1972-73), 37 *Sask. L. Rev.* 48, à la p. 97; à la p. 96, l'auteur précise que l'existence d'une preuve se distingue du droit d'être entendu; D. Lemieux, *Contrôle judiciaire de l'action gouvernementale (C.C.H.)*, pp. 3, 321.

¹⁶³ Voir l'article 40 *R.S.P.* relativement au pouvoir du Directeur de placer un détenu en isolement administratif.

¹⁶⁴ *Re Rowling and the Queen*, *supra*, note 13. Le détenu fut transféré dans un établissement de même niveau de sécurité car les autorités correctionnelles avaient des soupçons à l'effet qu'il préparait un plan de prise d'otage. *Butler c. R.*, *supra*, note 24: le détenu dans cette affaire fut transféré dans un pénitencier de même niveau de sécurité car il avait un comportement perturbateur dans le pénitencier d'origine, dû surtout à la présence de son cousin; *Collin c. Lussier*, *supra*, note 25, à la p. 234: les motifs invoqués auraient justifié un transfèrement vers un pénitencier de même niveau de sécurité mais non un plus élevé.

¹⁶⁵ *Supra*, note 43.

faits invoqués lors d'un transfert antérieur à la suite duquel on l'avait reclassé dans un pénitencier à sécurité moyenne. La décision antérieure de le transférer d'un "maximum" à un "moyen" comportait en elle-même le motif que les besoins de sécurité de ce détenu ne justifiaient plus sa détention dans un pénitencier à sécurité maximale. Il ne fait aucun doute que l'un de ces transfèrements fut tranché dans l'abstrait, sur aucun fait précis.¹⁶⁶

(iii) *Respect de l'équité procédurale*

Enfin, le juge La Forest énonce qu'un pouvoir discrétionnaire peut être contraire aux principes de justice fondamentale si son titulaire "agit d'une manière injuste"¹⁶⁷ ou "fondamentalement injuste".¹⁶⁸ Le juge La Forest donne un exemple d'agissement injuste, soit le fait "d'omettre d'examiner les faits ou de prendre en considération équitablement les arguments de l'appelant".¹⁶⁹ Le titulaire d'un pouvoir discrétionnaire doit donc, dans l'exercice de son pouvoir, respecter une façon de faire qui soit fondamentalement juste; nous en avons traité dans la partie consacrée à l'aspect procédural des principes de justice fondamentale.

Il ne faut pas se surprendre que la discussion de principes d'ordre substantif implique des principes d'ordre procédural. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour être conforme aux principes de justice fondamentale doit être juste; il s'agit là du principe d'ordre substantif général auquel nous avons tenté de greffer des corollaires plus spécifiques. Il est souvent inévitable qu'un principe d'ordre substantif ait des corollaires procéduraux plus spécifiques.¹⁷⁰

Avant de terminer cette section nous aimerions préciser deux choses. Premièrement, nous pouvons conclure de cet exercice sommaire que les principes utilisés ci-dessus sont des principes de justice fondamentale. La Cour suprême elle-même dans les arrêts *Baere*, *Lyons* et *Jones* utilise ces

¹⁶⁶ La juge Reed souscrit toutefois aux motifs invoqués par les autorités correctionnelles après avoir mentionné que les tribunaux doivent agir avec réserve. Dans *DeMarta (No 1) c. Comité régional de classement des détenus*, *supra*, note 37, à la p. 76, la Cour d'appel fédérale semble exiger des motifs raisonnables: "Il est constant que la décision de renvoyer l'appelant à Millhaven était justifiée si on avait des motifs raisonnables de croire que celui-ci avait introduit du cyanure à Collin Bay." *Lasalle c. Tribunal disciplinaire de l'établissement Leclerc*, *supra*, note 24, à la p. 15: "... mais encore elle [la décision] paraît avoir été fondée en partie au moins sur les décisions concernant les deux délits qui viennent d'être cassées, 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." Dans *Collin c. Lussier*, *supra*, note 25 (48), il y avait absence de motif pour justifier le transfèrement.

¹⁶⁷ *Jones c. R.*, *supra*, note 133, à la p. 307.

¹⁶⁸ *Ibid.*, à la p. 303.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Voir L. Tremblay, *Réflexions sur la portée de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés suite à la décision de la Cour suprême dans le Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.B.) (1987-88)*, 18 R.D.U.S. 139, aux pp. 219-220.

principes dans ce sens; ceux-ci semblent satisfaire au test énoncé par le juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*:¹⁷¹

... ils représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchéassement même dans la *Charte*, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

L'utilisation par le juge Wilson, dans cet arrêt, du principe de l'imposition des mesures les moins restrictives comme principe de justice fondamentale va dans ce sens. Quant aux autres principes, à savoir celui de ne pas porter atteinte à des droits fondamentaux sans qu'une preuve ne le justifie et celui de l'exercice de la discrétion dans les limites imposées par l'habilitation législative, il apparaît plausible que la jurisprudence les accepte en matière de contrôle des décisions de transfèrements.

Deuxièmement, il importe de retenir qu'en matière de transfèrements les décisions abusives des autorités correctionnelles peuvent être contestées, dans certaines circonstances, en invoquant les articles 9 et 12 de la *Charte*. En effet, il existe une relation étroite entre ces dispositions et l'article 7. C'est d'ailleurs ce qui a amené le juge La Forest à faire le commentaire suivant, dans l'arrêt *R. c. Lyons*:¹⁷²

... la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés.

Les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de scruter à fond l'application des articles 9 et 12 en matière de transfèrements. On peut néanmoins prévoir qu'une décision qui imposerait des conditions de détention sévères à un détenu, par exemple pour des motifs déraisonnables, capricieux ou despotiques, pourrait être considérée comme imposant "une détention arbitraire" (article 9). D'un autre côté, une décision imposant des conditions de détention disproportionnées par rapport au but recherché pourrait être considérée comme imposant "un traitement cruel et inusité" (article 12). Nous y reviendrons dans un instant.

En matière de transfèrement, l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé aux autorités correctionnelles, s'il est légitime en soi, peut entraîner des décisions qui auront des effets contraires aux principes de justice fondamentale. Ainsi nous avons étudié quelques principes connus dans notre système juridique mais qui avaient été négligés en matière de transfèrements, sans doute à cause des vestiges de la retenue judiciaire très poussée en cette matière. Donc l'article 7 accorde une plus grande

¹⁷¹ *Supra*, note 68, à la p. 512.

¹⁷² *Supra*, note 98, à la p. 326. L'appelant invoquait que les dispositions 687 à 695 du Code criminel, relatives aux délinquants dangereux, violaient les articles 7, 9, 11 et 12 de la *Charte* canadienne.

protection que le devoir d'agir équitablement, découlant du droit administratif, qui ne permet que l'examen des décisions "dans les cas clairs et non équivoques d'injustice sérieuse où il y a mauvaise foi ou partialité".¹⁷³

B. Les articles 9 et 12 de la Charte et les transfèrements

Il existe un lien entre les articles 7 à 14 de la Charte, car les articles 8 à 14 sont des applications de la protection garantie à l'article 7.¹⁷⁴ En matière de transfèrements c'est le lien entre les articles 7, 9 et 12 qui nous intéresse plus particulièrement.

Le développement jurisprudentiel sur ces dispositions ne nous donne que peu d'éclairage; il n'y a pas d'arrêt important sur la portée des articles 9 et 12 en matière de transfèrements. Nous tenterons néanmoins de vérifier si ces deux dispositions sont susceptibles d'être invoquées par les détenus.

1. L'article 9 de la Charte

L'article 9 de la Charte garantit à chacun une protection contre les détentions et emprisonnements arbitraires. Cette disposition assure à toute personne que toute privation de liberté sera fondée sur des motifs justes ayant un fondement rationnel.

La portée de l'article 9 de la Charte en matière de transfèrements dépend du sens qui sera donné au concept de "détention" prévu à cette disposition. Le terme "emprisonnement" renvoie à une sorte particulière de détention.¹⁷⁵

La Cour suprême s'est penchée sur le sens de l'expression "détention" dans l'arrêt *R. c. Hufsky*.¹⁷⁶ Elle a donné à la notion générale de "détention" de l'article 9 le même sens que celui donné dans les arrêts *R. c. Therens*¹⁷⁷ et *R. c. Thomsen*¹⁷⁸ au terme "détention" de l'article 10 de la Charte. Le juge Le Dain, au nom de la cour, a précisé qu'il n'y avait aucune raison de ne pas définir de la même manière le mot "détention" contenu dans les deux dispositions.¹⁷⁹

¹⁷³ *Cline c. Reynett*, *supra*, note 13, à la p. 5.

¹⁷⁴ Sur cette question, voir les propos du juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 68, aux pp. 502 et 503. Voir également ceux du juge La Forest dans *R. c. Lyons*, *supra*, note 98, à la p. 326.

¹⁷⁵ F. Chevrette, La protection lors de l'arrestation, la détention et la protection contre l'incrimination rétroactive, dans Beaudoin et Ratushny, *op. cit.*, note 71, pp. 469-470. Voir également la section consacrée à l'article 9 dans Ryan, *loc. cit.*, note 77, aux pp. 139-144.

¹⁷⁶ [1988] 1 R.C.S. 621.

¹⁷⁷ [1985] 1 R.C.S. 613.

¹⁷⁸ [1988] 1 R.C.S. 640.

¹⁷⁹ *R. c. Hufsky*, *supra*, note 176, à la p. 632; *R. c. Ladouceur* (1987), 35 C.C.C. (3d) 240, à la p. 250 (C.A. Ont.); *R. c. Wilson* (1985), 42 Sask. R. 181 (Q.B.).

Dans l'arrêt *R. c. Therens*,¹⁸⁰ la Cour suprême a défini la détention comme une atteinte à la liberté tant physique que psychologique. C'est l'aspect de la contrainte physique qui nous intéresse plus particulièrement en matière de transfèrements:¹⁸¹

En utilisant le mot "détention", l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

Il convient donc de se demander si une "détention" peut résulter d'un transfèrement. La Cour suprême a étudié cette question dans l'arrêt *R. c. Miller*,¹⁸² où il fallait décider si un détenu transféré dans une unité spéciale de détention (U.S.D.) avait droit de demander l'émission d'un bref d'*habeas corpus*; ce recours est depuis 1982 garanti par le paragraphe 10(c) de la *Charte* et a pour objet de permettre le contrôle de la légalité d'une détention.

Le juge Le Dain, exprimant l'opinion unanime de la cour, est d'avis qu'une décision qui entraîne une diminution importante de la liberté d'un détenu doit être considérée comme une "nouvelle détention censée avoir son propre fondement juridique".¹⁸³

Il semble que si on reconnaît au détenu le droit de contester son transfèrement par voie d'*habeas corpus* parce qu'il constitue une "détention" illégale, il sera tout autant autorisé à le contester parce qu'il constitue une détention arbitraire.¹⁸⁴

Le champ d'application de l'article 9 n'apparaît pas facile à délimiter; on peut néanmoins dire que l'article 9 protège contre les détentions imposées pour des motifs arbitraires. Une détention arbitraire peut être causée par une décision illégale ou par une loi qui autorise une détention arbitraire.¹⁸⁵ Est arbitraire la détention autorisée sans motif précis, sans standard, sans fondement rationnel, d'une manière déraisonnable, capricieuse ou despo-

¹⁸⁰ *Supra*, note 177, aux pp. 642-643; *R. c. Hufsky*, *supra*, note 176, à la p. 632.

¹⁸¹ *Ibid.*, à la p. 642. Sur la portée donnée au terme "détention" dans l'arrêt *Therens*, voir: Conroy, *op. cit.*, note 77, pp. 45-46.

¹⁸² *Supra*, note 38.

¹⁸³ *Ibid.*, à la p. 641; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, *supra*, note 77, à la p. 463. Voir *Re Bell and Director of Springhill Medium Security Institution* (1977), 34 C.C.C. (2d) 303 (C.S.A.D. N.-E.); *Re Freid* (1910), 22 O.L.R. 566 (C.A. Ont.), où l'*habeas corpus* a été accepté pour contester un transfèrement illégal (*Miller, ibid.*, à la p. 658).

¹⁸⁴ Chevrete, dans Beaudouin et Ratushny, *op. cit.*, note 71, p. 471.

¹⁸⁵ *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, *supra*, note 62. Il s'agissait d'une déclaration arbitraire. *R. c. Hufsky*, *supra*, note 176, aux pp. 632 ss. Il s'agissait d'une loi qui permettait une détention arbitraire.

tique.¹⁸⁶ Les juges McIntyre et Le Dain, dissidents dans *R. c. Smith*,¹⁸⁷ précisent le sens du mot "arbitraire":

...j'estime que la principale considération est de savoir si la peine est autorisée par la loi et imposée conformément à des normes ou à des principes qui ont un lien rationnel avec les objectifs de la mesure législative. Cette condition garantit que la peine ne sera pas imposée sans motif ni sans respecter certaines normes.

La Cour suprême, dans *R. c. Hufsky*,¹⁸⁸ considéra le paragraphe 189a (1) du Code de la route ontarien contraire à l'article 9 parce qu'il permettait à un agent de police d'arrêter au hasard des automobilistes pour un contrôle routier:

La sélection était laissé à l'entière discrétion de l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice. En l'espèce, il n'y en avait aucun.

Si la *Loi sur les pénitenciers* n'offre aucun critère pour régir les transfèrements, outre l'obligation de détenir un mandat, le Règlement encadre l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il prévoit que le dossier d'un détenu doit être soigneusement étudié avant qu'une décision de transfèrement soit prise,¹⁸⁹ et il prévoit également qu'un détenu doit être gardé dans l'établissement qui répond à ses besoins en matière de sécurité et de programmes.¹⁹⁰ Ces dispositions ne laissent pas aux autorités correctionnelles le pouvoir de transférer les détenus selon leur bon vouloir. Les transfèrements doivent être justifiés par des motifs précis qui ont un lien rationnel avec l'objectif législatif. Le pouvoir discrétionnaire accordé en matière de transfèrements par la Loi et le Règlement n'apparaît pas contraire à l'article 9 de la Charte.

Même si le pouvoir de détention est valide, cela n'empêche pas que l'application de cette loi puisse entraîner des comportements ou des décisions arbitraires. La Cour suprême a traité du sens du mot "arbitraire" dans des pourvois portant sur l'article 7 de la Charte.¹⁹¹ Si on considère que l'article 7 est une disposition générale dont émanent les articles 8 à 14 de la Charte,¹⁹² il n'apparaît pas inopportun de donner aux comportements "arbitraires" qui contreviennent aux principes de justice fondamentale la

¹⁸⁶ *R. c. Ladouceur*, *supra*, note 179, aux pp. 251-252; *Levitz c. Ryan* (1972), 29 D.L.R. (3d) 519, à la p. 526 (C.A. Ont.): il s'agissait dans *Levitz* de l'application de l'article 2a) de la *Déclaration canadienne des droits*; *Mitchell c. Attorney-General of Ontario* (1983), 7 C.R.R. 153 (H.C. Ont.).

¹⁸⁷ [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1104.

¹⁸⁸ *Supra*, note 176, à la p. 633. La cour jugea que l'atteinte se justifiait en vertu de l'article 1 de la Charte.

¹⁸⁹ Art. 14 R.S.P.

¹⁹⁰ Art. 13 R.S.P.

¹⁹¹ *Jones c. R.*, *supra*, note 133; *R. c. Lyons*, *supra*, note 98; *R. c. Beare*, *supra*, note 120.

¹⁹² *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 68, à la p. 502.

même portée que celle prévue à l'article 9. Dans *Jones c. R.*¹⁹³ le juge La Forest écrit:

Je ne doute pas que les tribunaux puissent intervenir si, dans l'exercice de ses fonctions, l'administration scolaire cherchait à imposer des normes arbitraires, c.-à-d. des normes étrangères à la politique en matière d'éducation prévue par la Loi, ou si elle avait agi à d'autres égards d'une manière fondamentalement injuste, notamment en omettant d'examiner les faits ou de prendre en considération équitablement les arguments de l'appelant.

Un des arrêts où fut appliqué l'article 9 aux transfèrements des détenus est l'arrêt *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*.¹⁹⁴ Le juge Muldoon de la Cour fédérale annula le mandat ordonnant le transfert du détenu Hay parce que la décision n'était pas fondée sur les critères prévus au Règlement, mais sur une politique administrative qui avait des effets irrationnels relativement aux objectifs des transfèrements.¹⁹⁵

On peut citer à titre d'exemple certaines décisions dans lesquelles l'article 9 aurait pu être invoqué, mais qui furent cassées pour des motifs autres que l'article 9. Ainsi dans l'arrêt *DeMaria (No 2) c. Canada*,¹⁹⁶ la juge Reed cassa la décision de transférer le détenu à Millhaven, un établissement à sécurité maximum; celle-ci était arbitraire pour deux raisons, à savoir qu'il n'y avait absolument aucune preuve indiquant qu'un transfert était nécessaire et que le choix de Millhaven était tout à fait inapproprié pour le détenu.¹⁹⁷ Dans l'arrêt *Collin c. Lussier*,¹⁹⁸ le juge Decary annula le transfèrement au motif qu'il n'y avait aucun fait précis démontrant que le détenu était devenu un risque pour la sécurité justifiant son transfèrement vers un centre à sécurité plus élevée.

L'article 9 de la Charte a donc une application en matière de transfèrements. En effet, en ouvrant le recours à l'*habeas corpus* aux détenus qui font l'objet d'une restriction importante à leur liberté résiduaire, la Cour suprême a donné au mot "détention" une portée significative en matière de droit correctionnel. Il reste à cerner ce que signifie exactement pour une personne incarcérée une atteinte importante à ses droits. On peut encore se demander si l'expression "arbitraire" de l'article 9 aura un sens particulier ou s'il s'apparentera au contrôle de l'utilisation arbitraire d'un pouvoir discrétionnaire qui se développe dans le cadre de l'article 7 de la Charte. Plusieurs de ces questions se posent également en matière de peines et traitements cruels et inusités comme nous le verrons en considérant l'article 12.

¹⁹³ *Supra*, note 133, à la p. 303.

¹⁹⁴ *Supra*, note 62.

¹⁹⁵ *Ibid.*, à la p. 27, traduction tirée de C.F. T-692-85 (J. Muldoon), 12 juillet 1985, à la p. 11. Pour une décision à l'effet contraire, voir: *Dubois c. Sauvé*, C.F. T-1418-83, 20 janvier 1984.

¹⁹⁶ *Supra*, note 64.

¹⁹⁷ *Ibid.*, aux pp. 489-490.

¹⁹⁸ *Supra*, note 25, aux pp. 230 ss.

2. L'article 12 de la Charte

L'article 12 de la Charte canadienne garantit à chacun un droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. Conjugée avec les articles 7 et 9 de la Charte, cette disposition vise plus particulièrement la nature, la qualité ou l'effet qu'un traitement ou une peine peut avoir sur la personne à qui elle est infligée.¹⁹⁹

Contrairement à l'interprétation restrictive donnée à l'alinéa 2(b) de la *Déclaration canadienne des droits*,²⁰⁰ l'article 12 de la Charte a reçu une portée beaucoup plus étendue. Cette protection fera visiblement couler beaucoup d'encre en matière correctionnelle. Nous n'entendons pas faire ici une étude complète de l'application de l'article 12 en matière correctionnelle; il s'agit là d'une entreprise qui nécessiterait une revue de toutes les pratiques de détention ayant cours dans les établissements pénitentiaires. Nos propos se limitent à la pertinence de cette garantie constitutionnelle en matière de transfèrements.

L'article 12 de la Charte, comme l'alinéa 2(b) de la *Déclaration canadienne des droits*, a élargi aux traitements la protection traditionnellement accordée contre les peines barbares et la torture.²⁰¹ Le mot "peine" renvoie à la sentence imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité. Le mot "traitement" est défini par Allan Gold de la manière suivante:²⁰²

Treatment generally covers any conduct, behaviour or action towards another and, consequently, any disadvantaging of a person, not just that commonly considered punishment, can be attacked as violating this prohibition.

Le juge McIntyre dans *R. c. Smith*,²⁰³ où il est dissident quant à l'issue du pourvoi, mentionne que le mot "traitement" renvoie aux "conditions dans lesquelles une sentence est purgée". La portée donnée au mot "traitement" permet d'appliquer l'article 12 au milieu correctionnel. Le juge McIntyre donne plusieurs exemples de traitements pratiqués en milieu carcéral:²⁰⁴

¹⁹⁹ *R. c. Smith, supra*, note 187, à la p. 1072 (J. Lamer). Voir l'intéressante étude de Ryan sur l'impact de l'article 12 en milieu carcéral, *loc. cit.*, note 77, aux pp. 149-160. Voir également A. Morel, Les garanties en matière de procédure et de peines, dans Beaudoin et Ratushny, *op. cit.*, note 71, p. 603; Conroy, *op. cit.*, note 77, pp. 71-75; M. Jackson, *Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada* (Toronto, University of Toronto Press, 1983).

²⁰⁰ *Miller et Cockriell c. R.*, [1977] 2 R.C.S. 680. La majorité fut d'avis que les adjectifs "cruels et inusités" devaient être lus conjointement. Elle conclut que la peine de mort pour meurtre ne violait pas l'alinéa 3(b) de la *Déclaration canadienne des droits* car cette peine ne constitue pas une peine "inusitée" (aux pp. 705-706).

²⁰¹ *R. c. Smith, supra*, note 187, aux pp. 1086-1087 (J. McIntyre, dissident).

²⁰² A.D. Gold, *Annual Review of Criminal Law* (Carswell, Toronto, 1982), p. 21; *Re Mitchell and the Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193, à la p. 212 (H.C. Ont.).

²⁰³ *Supra*, note 187, à la p. 1086.

²⁰⁴ *Ibid.*, à la p. 1087 (J. McIntyre). Voir également les exemples donnés par le juge Nitikman dans *Piché v. Solicitor-General of Canada* (1984), 17 C.C.C. (3d) 1, à la p. 113 (C.F.).

Certaines conditions dans lesquelles sont purgées les peines d'emprisonnement peuvent faire l'objet d'un examen, en vertu de l'art. 12 de la *Charte*, non seulement en raison de leur caractère disproportionné ou excessif, mais également en fonction de la nature ou de la qualité du traitement infligé. L'isolement dans une cellule, qui est pratiqué dans certaines circonstances, en est un exemple: voir la décision *McCann c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 570, 29 C.C.C. (2d) 337. On pourrait également invoquer l'art. 12 pour contester d'autres genres de traitements, comme la fréquence et les modalités des fouilles effectuées en prison, les restrictions alimentaires à titre de mesure disciplinaire, les peines corporelles, les interventions chirurgicales y compris la lobotomie et la castration, la privation de tout contact avec les personnes de l'extérieur ainsi que l'emprisonnement dans des lieux éloignés de la maison, de la famille et des amis, qui constitue virtuellement un exil et qui touche particulièrement les femmes puisqu'il n'existe qu'un seul pénitencier fédéral pour femmes au Canada.

Les seuls traitements infligés aux personnes incarcérées qui sont prohibés par cette disposition sont ceux qui peuvent être qualifiés de "cruels et d'inusités". L'interprétation donnée à cette dernière expression par la Cour suprême est celle que le juge Laskin, dissident dans *Miller et Cockriell*,²⁰⁵ avait proposée pour interpréter l'alinéa 2(b) de la Déclaration.²⁰⁴ Le juge Lamer écrit:²⁰⁶

Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 688 de l'arrêt *Miller et Cockriell* ... à se demander "si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine".

Peuvent être incompatibles avec la dignité humaine la nature ou la qualité d'une peine ou d'un traitement, ou encore la disproportion exagérée d'une peine ou d'un traitement par rapport à ce qui aurait été approprié dans les circonstances. La protection contre les traitements cruels et inusités par leur nature ou qualité s'applique à toute personne peu importe son comportement. Quant au critère de disproportion exagérée, il dépend des circonstances particulières en vertu desquelles le traitement est imposé, des caractéristiques personnelles de la victime et du but précis qu'on veut atteindre par le traitement.

Il existe des peines ou des traitements qui sont en eux-mêmes incompatibles avec la dignité humaine, soit en raison de leur nature ou de leur qualité. Le critère de la dignité humaine n'est pas des plus précis.²⁰⁷ André Morel fait les remarques suivantes:²⁰⁸

Il est évident qu'une peine ne sera considérée cruelle par nature qu'en fonction des normes morales d'une société. Et ces normes évoluent parfois rapidement.

C'est essentiellement la conscience que l'on a de ce qu'est la dignité humaine et de ce qu'implique le devoir de la respecter qui détermine le jugement que l'on porte sur la qualité ou la nature d'une peine ou d'un traitement.

²⁰⁵ *Supra*, note 200.

²⁰⁶ *R. c. Smith, supra*, note 187, à la p. 1072.

²⁰⁷ C'est d'ailleurs ce que faisait remarquer le juge Laskin dans *Miller et Cockriell c. R., supra*, note 200, à la p. 688.

²⁰⁸ Morel, dans Beaudoin et Ratushny, *op. cit.*, note 71, pp. 609-610.

Les juges Lamer et McIntyre, dans *R. c. Smith*,²⁰⁹ donnent des exemples de peines ou traitements qui seront toujours considérés cruels et inusités, à savoir le fouet, la lobotomie ou la castration. Dans cet esprit, le transfèrement interpénitentiaire en lui-même n'apparaît pas être un traitement dont la qualité ou la nature serait incompatible avec la dignité humaine. Même si le transfèrement d'un détenu peut être imposé contre sa volonté, il vise à regrouper les détenus ayant les mêmes besoins en matière de sécurité et de programmes. À l'aube des années 90, ce traitement n'apparaît pas, en soi, être cruel ou inusité.

Toutefois, un transfèrement pourrait avoir pour effet d'imposer des conditions de détention difficilement acceptables pour la dignité humaine. Il faut alors vérifier les conditions de détention qui seront infligées au détenu.

Il est difficile de donner des exemples précis sans faire une étude détaillée des conditions de détention des divers établissements correctionnels. Nous nous limiterons à certains exemples qui n'ont pas la prétention de couvrir la gamme des traitements qui peuvent être infligés aux personnes incarcérées. Ainsi on peut trouver dans certains pénitenciers, tels que l'unité spéciale de correction du pénitencier de la Colombie-Britannique en 1974,²¹⁰ des conditions de détention discutables, telles par exemple le séjour dans des cellules présentant des caractéristiques particulières qui pourraient affecter gravement la santé physique ou mentale d'un détenu, l'utilisation de lumière vingt-quatre heures par jour, la difficulté de vaquer à son hygiène corporelle, l'utilisation de chaînes, menottes ou boulets, le braquage d'armes à feu vers un détenu, l'isolement cellulaire, l'inactivité sur une longue période, un régime alimentaire déficient, l'usage des chiens, *etc.*²¹¹

²⁰⁹ *R. c. Smith, supra*, note 187, aux pp. 1074 (J. Lamer), 1087 (J. McIntyre). Précisons que le juge Lamer considère que ces peines et traitements "seront toujours exagérément disproportionnés et incompatibles avec la dignité humaine". Il ne semble pas faire de doute que si une peine ou un traitement sont toujours exagérément disproportionnés, c'est parce que leur nature même va à l'encontre de la dignité humaine.

²¹⁰ L'affaire *McCann c. R.*, *supra*, note 72. Le transfert à une Unité spéciale de détention n'est pas apparu en lui-même cruel et inusité dans *Collin c. Kaplan*, [1983] 1 C.F. 496; *Dubois c. Sauvé, supra*, note 195.

²¹¹ Voir à titre d'exemple les conditions de détention invoquées comme constituant un traitement cruel et inusité dans les arrêts suivants: *McCann c. R.*, *ibid.*; *Re Maltby and Attorney General of Saskatchewan* (1983), 143 D.L.R. (3d) 649, à la p. 659 (B.R. Sask.): "If there were no valid reasons for using handcuffs and shackles on a particular case, and these were in fact used then that would or could constitute cruel and unusual treatment or punishment contrary to s. 12 of the Charter of Rights"; *Soenen c. Director of Edmonton Remand Centre* (1983), 6 C.R.R. 368 (B.R. Alta.); *Morgan v. Superintendent of Winnipeg Remand Centre*, [1983] 3 W.W.R. 542 (B.R. Man.); *Re Hussey and Attorney-General of Ontario* (1984), 13 C.C.C. (3d) 82 (Div. C. Ont.). Voir également Ryan, *loc. cit.*, note 77, aux pp. 149-160. À la p. 151, l'auteur dit: "Chiefly in this institution [Archambault] and Millhaven, but also at Dorchester, and elsewhere, complaints of excessive use of tear gas, unnecessary violence, deliberate humiliation and other degrading treatments are made from time to time."

Le second critère, pour évaluer si une peine ou un traitement viole l'article 12, est de considérer s'il est exagérément disproportionné. Le juge Lamer, au nom de la majorité dans *R. c. Smith*,²¹² précise qu'un traitement peut aller à l'encontre de la dignité humaine s'il est exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié. Les éléments à prendre en considération sont exposés ainsi par le juge Lamer:²¹³

... la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l'affaire. ...

Ces éléments sont pris en compte pour que la peine imposée soit conforme aux objectifs "pénologiques" des sentences. Les articles 13 et 14 du Règlement prévoient explicitement qu'avant qu'une décision ne soit prise en matière de transfèrements, le dossier du détenu doit être soigneusement étudié afin d'être en mesure d'évaluer quel établissement satisfait à ses besoins. Il appert que la réglementation ne permet pas d'imposer un traitement exagérément disproportionné à ce que la situation particulière et personnalisée du détenu nécessite comme conditions d'incarcération.

Même si le processus de transfèrements des détenus apparaît conforme à l'article 12 de la Charte, il reste néanmoins susceptible d'imposer des traitements cruels et inusités.²¹⁴ Cela peut se produire si une décision est prise contrairement aux exigences des articles 13 et 14 du Règlement, et si elle va à l'encontre des besoins des détenus au point d'être exagérément disproportionnée. C'est la décision elle-même qui violerait la Charte dans ces circonstances et non le Règlement.

L'article 12 n'exige toutefois pas des autorités correctionnelles qu'elles sélectionnent le traitement le mieux adapté pour chaque détenu. Il suffit que le traitement ne soit pas exagérément disproportionné à celui qui aurait été idéal. Le juge Lamer, dans *R. c. Smith*,²¹⁵ précise qu'un effet exagérément disproportionné "ne se limite pas à l'importance ou à la durée d'une peine, mais comprend sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée".

Dans *Hay c. Commission nationale des libérations conditionnelles*,²¹⁶ le juge Muldoon considéra que le transfert du détenu d'un pénitencier à sécurité minimale à un à sécurité maximale violait, dans les circonstances,

²¹² *Supra*, note 187, à la p. 1072. Les juges Lamer et Dickson (à la p. 1072), et le juge LaForest (à la p. 1113), estiment que la protection de l'article 12 ne vise que les peines exagérément disproportionnées. Les trois autres juges sont d'avis que cet article peut être abordé de deux manières: la nature ou la qualité de la peine et sa proportionnalité (McIntyre, à la p. 1086), Le Dain (à la p. 1111) et Wilson (à la p. 1109)). Ces deux manières d'aborder l'article 12 n'apparaissent toutefois pas incompatibles (à la p. 1086). La catégorie unique des effets exagérément disproportionnés fut reprise majoritairement dans *R. c. Lyons*, *supra*, note 98, aux pp. 335 et ss.

²¹³ *Ibid.*, à la p. 1073.

²¹⁴ *Ibid.*, à la p. 1070 (J. Lamer); *Re M.H. and the Queen (No 2)* (1984), 17 C.C.C. (3d) 443, aux pp. 453-454 (B.R. Alta.).

²¹⁵ *Ibid.*, à la p. 1073.

²¹⁶ *Supra*, note 62.

l'article 12 de la Charte. Il fait longuement état dans cet arrêt du comportement exemplaire du détenu qui avait justifié une incarcération dans un pénitencier à sécurité minimale. Son comportement était resté tout aussi exemplaire, ce qui ne permettait pas de le "déplacer comme un pion", dit le juge.

Dans *Pruneau c. Goulem*²¹⁷ le tranfèrement d'un établissement à sécurité maximale vers un autre situé dans une autre province fut qualifié de non exagérément disproportionné dans le cas du détenu concerné. Celui-ci était identifié comme l'un des instigateurs d'une grève générale et les autorités jugèrent que son transfèrement hors Québec s'avérait nécessaire.

L'arrêt *R. c. Chester*²¹⁸ se révèle intéressant au niveau des faits même si l'article 12 ne fut pas invoqué. Après avoir été coupé, pendant deux années, de correspondance avec son amie de coeur par les autorités pénitentiaires de Kent en Colombie-Britannique, et après maints incidents et demandes d'autorisation de visite, une rencontre-contact fut autorisée. La visiteuse se présenta en état d'intoxication au pénitencier. Les autorités décidèrent de retarder la visite d'une heure et trente, afin qu'elle reprenne ses esprits, et rassurèrent les deux que, malgré ce retard, la visite durerait quand même deux heures. La visite eut lieu mais elle fut interrompue après une demie-heure, contrairement à la promesse faite. Chester perdit patience et tira son café, ses cigarettes et son briquet sur un gardien et le frappa. Il fut condamné à soixante-quinze jours d'isolement pour cet incident disciplinaire et un tranfert à l'unité spéciale de détention (U.S.D.) de Millhaven en Ontario fut ordonné. Les unités spéciales de détention ne reçoivent que les détenus qui sont désignés comme "particulièrement dangereux". Le détenu qui y est incarcéré ne peut retourner à la population générale d'un établissement à sécurité maximale qu'après avoir réussi quatre phases du programme; l'accomplissement de ces phases peut durer plusieurs années. À la lecture de cet arrêt, nous avons été surpris de la sévérité des mesures prises à la suite de l'incident. Certes le dossier du détenu était coloré d'incidents disgracieux reliés au désir de rencontrer son amie. Cependant ce traitement apparaît tellement disproportionné qu'on le qualifierait aisément de cruel et inusité. . . .

Conclusion

Pendant longtemps les tribunaux affichèrent beaucoup d'indifférence à l'égard des décisions de transfèrements, qu'ils considéraient comme relevant de la pure administration interne et sans impact sur les droits des personnes incarcérées. Dans *Cardinal c. Directeur de l'établissement de Kent*,²¹⁹

²¹⁷ (1988), 13 C.R.D. 300-04 (C.F.).

²¹⁸ *Supra*, note 31. Il était question dans cette affaire des garanties en matière de procédure, à savoir les articles 2e) de la Déclaration canadienne des droits et 7 de la Charte canadienne.

²¹⁹ *Supra*, note 14, aux pp. 653 et 659.

cependant, la Cour suprême est d'avis que les transfèrements sont susceptibles d'avoir des effets graves sur les droits des détenus. Un transfèrement est susceptible de porter atteinte aux droits, privilèges ou libertés de la personne incarcérée; celle-ci est donc en droit d'exiger que les autorités correctionnelles agissent, avec tout ce que cela comporte, d'une manière équitable.

La décision de transférer un détenu est également susceptible de porter atteinte aux "droits les plus fondamentaux"²²⁰ de la personne humaine, à savoir les droits à la liberté et à la sécurité protégés par l'article 7 de la Charte canadienne. Lorsqu'une décision porte ou est susceptible de porter atteinte à ces droits, les autorités correctionnelles sont tenues d'agir en conformité avec les principes de justice fondamentale. De plus, un transfèrement arbitraire peut constituer une détention arbitraire au sens de l'article 9 de la Charte et même suivant les circonstances être qualifié de peine ou de traitement cruel et inusité au sens de l'article 12 de la même Charte.

L'impact de la Charte a été d'élargir la portée du contrôle judiciaire sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration carcérale. En matière de transfèrements il est intéressant de constater que l'encadrement normatif, c'est-à-dire la Loi et le Règlement, n'ont pas été comme tels contestés. Cela est certes dû au fait que la Loi et le Règlement édictent des règles qui ne portent pas atteinte aux articles 7, 9 et 12 de la Charte; aussi la jurisprudence n'a pas eu à se demander si ces règles sont raisonnables et justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article 1. Nous croyons qu'effectivement la Loi et le Règlement sont inattaquables.

Sur la base de textes inattaquables, la prise de décision peut néanmoins violer la Charte si elle est arbitraire. Sur ce terrain la jurisprudence est instructive. Il nous semble que, si la Cour fédérale notamment est allée assez loin dans le contrôle, elle n'est pas tombée dans le piège du gouvernement des juges ou de l'administration pénitentiaire par les juges.

Certes le contrôle se situe principalement au plan procédural mais il semble bien, comme le souhaite la Cour suprême dans l'arrêt *Re Motor Vehicle Act*,²²¹ que l'on dépasse la dichotomie "procédure—substance", pour exercer un contrôle global de l'arbitraire. La jurisprudence insiste sur les objectifs législatifs du transfèrement qui se greffent sur ceux du système correctionnel lui-même. Dans la poursuite de ces objectifs les autorités ont un certain pouvoir discrétionnaire qu'elles doivent exercer de façon équitable au plan de la procédure. À cet égard nous avons constaté que, si la tenue d'une audition orale ne s'impose pas, en règle générale, il peut y avoir des circonstances particulières où la protection du droit "constitutionnalisé" requerra une telle audition formelle: l'arrêt *Singh*²²² de la Cour suprême en a posé le principe.

²²⁰ Renvoi sur la *Motor Vehicle Act (C.-B.)*, *supra*, note 68, à la p. 501 (J. Lamer).

²²¹ *Ibid.*

²²² *Supra*, note 54.

Par ailleurs, le transfèrement ne doit pas produire des effets contraires à la constitution. Produira de tels effets la décision arbitraire qui n'est pas conforme aux objectifs législatifs; ou bien les motifs invoqués n'ont pas de lien rationnel avec les objectifs législatifs; ou bien les effets de la décision sont disproportionnés par rapport aux causes qu'on invoque à son soutien. La détention sera alors qualifiée d'arbitraire et peut même, suivant les circonstances, être qualifiée de peine cruelle et inusitée.

Lorsque les droits fondamentaux sont en cause, il résulte de cette jurisprudence que les objectifs législatifs doivent être clairs; si la formulation en est imprécise, le tribunal devra la repreciser. Il résulte également de cette jurisprudence que, lorsque la loi confert un pouvoir discrétionnaire pour la mise en oeuvre d'une politique donnée, ce qui est en soi fort légitime, il doit y avoir des critères ou standards, exprès ou tacites. En l'espèce, le Règlement fixe ces critères: les besoins du détenu en matière de sécurité et de programmes. Ces critères nous semblent justifiés par le triple objectif de l'incarcération: la garde, la sécurité du public et la réhabilitation.

Cette jurisprudence comporte-t-elle des exigences excessives pour l'administration? Nous ne le croyons pas. L'équité procédurale "constitutionnalisée" comme principe de justice fondamentale ne signifie pas la judiciarisation d'un processus décisionnel, qui doit rester "administratif"; cependant il doit être ouvert, transparent, sans dissimulation; le détenu a le droit de connaître ce sur quoi se fonde le décideur et a le droit d'y répondre de façon efficace. Il ne s'agit pas là d'une mode nouvelle ou d'une sollicitude fondée sur de bons sentiments, mais d'une exigence de la Charte constitutionnelle.