

T-2439-95

T-2439-95

Kenneth Hunter of Joyceville Institution located in the County of Frontenac, Province of Ontario, Robert Beals of Bath Institution located in the County of Lennox & Addington, Province of Ontario, James Malone of Millhaven Institution located in the County of Lennox & Addington, Province of Ontario, Janos Schaefer of Collins Bay Institution located in the County of Frontenac, Province of Ontario, Timmins Bissonnette of Frontenac Institution located in the County of Frontenac, Province of Ontario, Harriet Lynch of the Prison for Women located in the County of Frontenac, Province of Ontario, and Neil Albert of Pittsburgh Institution located in the County of Frontenac, Province of Ontario (*Applicants*)

Kenneth Hunter de l'établissement de Joyceville situé dans le comté de Frontenac, province d'Ontario, Robert Beals de l'établissement de Bath situé dans le comté de Lennox & Addington, province d'Ontario, James Malone de l'établissement de Millhaven situé dans le comté de Lennox & Addington, province d'Ontario, Janos Schaefer de l'établissement de Collins Bay situé dans le comté de Frontenac, province d'Ontario, Timmins Bissonnette de l'établissement Frontenac situé dans le comté de Frontenac, province d'Ontario, Harriet Lynch de la Prison des femmes située dans le comté de Frontenac, province d'Ontario, Neil Albert de l'établissement Pittsburgh situé dans le comté de Frontenac, province d'Ontario (*requérants*)

v.

c.

The Commissioner of Corrections and The Deputy Commissioner for Ontario (*Respondents*)

Le commissaire du Service correctionnel et le sous-commissaire pour l'Ontario (*intimés*)

INDEXED AS: HUNTER v. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: HUNTER c. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (1^{re} INST.)

Trial Division, Lutfy J.—Ottawa, November 8, December 20, 1996 and January 9, 1997; Montréal, July 8, 1997.

Section de première instance, juge Lutfy—Ottawa, 8 novembre, 20 décembre 1996 et 9 janvier 1997; Montréal, 8 juillet 1997.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Judicial review of Commissioner's Directive 085, codifying Commissioner's decision to implement new inmate telephone system (i) restricting inmate calls to pre-authorized list of telephone numbers; (ii) including voice-over message at beginning of call, repeated at regular intervals; (iii) monitoring number called, when call made, duration — Charter, s. 2(b) guaranteeing freedom of expression — Attempt by government to restrict conveyance of meaning necessarily infringing s. 2(b) — If purpose not restriction of freedom of expression, but activity having such effect, individual must demonstrate meaning sought to be conveyed relating to values underlying freedom of expression — Penitentiary context not considered under s. 2(b) — Authorized call list prima facie limit on freedom of expression — Voice-over restricting applicants' ability to convey own message free of additional meanings — On basis voice-over forced expression, limit on applicants' freedom of expression — Even if purpose not restriction of freedom of expression, effect of authorized call list, voice-over limiting applicants' ability to communicate — Effects established with sufficient reference to values underlying freedom of expression i.e.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Contrôle judiciaire de la Directive du commissaire n° 085 qui codifie la décision du commissaire d'installer un nouveau système téléphonique pour les détenus (i) restreignant les communications téléphoniques par les détenus à une liste préalablement autorisée de numéros de téléphone; (ii) émettant un message surimposé au début de l'appel, puis à intervalles périodiques; (iii) relevant le numéro composé, le moment auquel l'appel est fait et la durée de l'appel — L'art. 2b) de la Charte garantit la liberté d'expression — Une tentative du gouvernement pour restreindre la communication d'une pensée porte inévitablement atteinte à l'art. 2b) — Si l'objectif n'est pas de restreindre la liberté d'expression, mais que l'activité a cet effet, l'intéressé doit prouver que la pensée qu'il a voulu communiquer se rapporte aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression — Le contexte d'un pénitencier n'est pas évalué sous le régime de l'art. 2b) — La liste d'appels autorisés limite à première vue la liberté d'expression — Le message surimposé restreint la capacité des requérants de communiquer leur propre pensée sans messages supplémentaires — Puisque le message surimposé est une expression forcée, il restreint la liberté

maintenance of family relationships, friendships in community, firmly linked with individual self-fulfilment, human flourishing.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Judicial review of Commissioner's Directive 085, codifying Commissioner's decision to implement new inmate telephone system (i) restricting inmate calls to pre-authorized list of telephone numbers; (ii) including voice-over message at beginning of call, repeated at regular intervals; (iii) monitoring number called, when call made, duration — Charter, s. 8 protecting reasonable expectation of privacy from government intrusion — Applicants not having reasonable expectation of privacy with respect to monitoring, authorized call list features — Even if gathering of such information constituting search or seizure, not unreasonable within s. 8 — Charter, s. 7 guaranteeing right not to be deprived of life, liberty, security of person in manner not in accordance with principles of fundamental justice — In determining whether breach, principles of fundamental justice must be interpreted in context in which raised — New telephone system not "substantial change" — As no reasonable expectation of privacy, neither s. 8 nor s. 7 involved.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Judicial review of Commissioner's Directive 085, codifying Commissioner's decision to implement new inmate telephone system (i) restricting inmate calls to pre-authorized list of telephone numbers; (ii) including voice-over message at beginning of call, repeated at regular intervals; (iii) monitoring number called, when call made, duration — Authorized call list, voice-over infringing Charter, s. 2(b) — Corrections and Conditional Release Act, s. 71 authority for Commissioner to make rules, directives with respect to prisoners contacting members of public — Corrections and Conditional Release Regulations, ss. 94, 95 necessarily imply authorization of telephone communications for inmates — No disruption in chain of statutory authority flowing from Act, Regulations to Commissioner's Directive 085 — Limits in directive "prescribed by law" — Government's objectives in enhancing inmate telephone communications to assist in

d'expression des requérants — Même si l'objectif n'était pas de restreindre la liberté d'expression, la liste d'appels autorisés et le message surimposé avaient pour effet de limiter la capacité des requérants de communiquer — La preuve de l'existence de ces effets a été faite en se référant suffisamment aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, soit le maintien des liens familiaux et des amitiés dans la collectivité, qui sont fermement liés à l'épanouissement et à l'enrichissement personnels.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire de la Directive du commissaire n° 085 qui codifie la décision du commissaire d'installer un nouveau système téléphonique pour les détenus (i) restreignant les communications téléphoniques par les détenus à une liste préalablement autorisée de numéros de téléphone; (ii) émettant un message surimposé au début de l'appel, puis à intervalles périodiques; (iii) relevant le numéro composé, le moment auquel l'appel est fait et la durée de l'appel — L'art. 8 de la Charte garantit le droit d'une personne d'être protégée contre les atteintes gouvernementales aux attentes raisonnables en matière de vie privée — Les requérants n'ont aucune expectative raisonnable quant au respect du droit à la vie privée en ce qui concerne les attributs que sont la liste d'appels autorisés et le relevé des appels — Même si la collecte de ces renseignements constitue une fouille, une perquisition ou une saisie, il ne s'agit pas d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie abusive au sens de l'art. 8 — L'art. 7 de la Charte garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale — Pour déterminer s'il y a atteinte, il faut interpréter les principes de justice fondamentale en fonction du contexte dans lequel ils sont invoqués — Le nouveau système téléphonique ne constitue pas une «modification importante» — Comme il n'y a aucune attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée, ni l'art. 8 ni l'art. 7 ne sont mis en jeu.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Contrôle judiciaire de la Directive du commissaire n° 085 qui codifie la décision du commissaire d'installer un nouveau système téléphonique (i) restreignant les communications téléphoniques par les détenus à une liste préalablement autorisée de numéros de téléphone; (ii) émettant un message surimposé au début de l'appel, puis à intervalles périodiques; (iii) relevant le numéro composé, le moment auquel l'appel est fait et la durée de l'appel — La liste d'appels autorisés et le message surimposé portent atteinte à l'art. 2b) de la Charte — L'art. 71 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition autorise le commissaire à établir des règles et des directives concernant les relations que les prisonniers entretiennent avec les membres du public — Les art. 94 et 95 du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition impliquent forcément que les détenus sont autorisés à établir des communications

rehabilitation, control communications possibly resulting in crime — Both objectives reflecting pressing substantial concerns in democratic society — Authorized call list reasonable means of fulfilling objective of enhancing rehabilitation through family, community telephone communications, while minimally impairing inmates' freedom of expression — Weighed against seriousness of need for security measures against importing of weapons, break-outs, smuggling of drugs, harassment of victims, witnesses, proportionality between objectives of authorized call list and inconvenience, harm flowing from its implementation — Authorized call list limitation justified under s. 1 — Voice-over not justified — Not meeting minimal impairment test — To extent authorized call list preventing inmate from initiating calls to persons not wishing to speak with inmates, voice-over extraneous — Assisting in neither rehabilitation nor precautionary objectives.

Penitentiaries — Judicial review of Commissioner's Directive 085, codifying Commissioner's decision to implement new inmate telephone system (i) restricting inmate calls to pre-authorized list of telephone numbers; (ii) including voice-over message at beginning of call, repeated at regular intervals; (iii) monitoring number called, when call made, duration — Voice-over feature infringing Charter, s. 2(b), not saved by limitation clause — Corrections and Conditional Release Act, s. 71 and Corrections and Conditional Release Regulations, s. 95 envisaging inmates' rights to telephone communications subject to reasonable limits as are prescribed for protecting penitentiary or safety of persons — Inmates consulted prior to implementation of new telephone system — New telephone system not exceeding Service's jurisdiction.

This was an application for judicial review of Commissioner's Directive 085 which codified a decision of the Commissioner of Corrections to implement a new inmate telephone system. The objectives of the new telephone system were to encourage inmates to maintain and deve-

téléphoniques — Il n'y a pas de rupture dans la chaîne des pouvoirs d'origine législative entre la Loi et le Règlement et la Directive du commissaire n° 085 — Les restrictions imposées dans la directive sont prescrites «par une règle de droit» — Les objectifs poursuivis par le gouvernement pour favoriser l'établissement de communications téléphoniques par les détenus sont la réadaptation et la surveillance des communications qui pourraient donner lieu à la perpétration d'actes criminels — Ces deux objectifs reflètent des préoccupations urgentes et réelles dans la société canadienne — La liste d'appels autorisés est un moyen raisonnable d'atteindre l'objectif de favoriser la réadaptation au moyen de communications téléphoniques établies avec des membres de la famille et de la collectivité, et constitue une atteinte minimale à la liberté d'expression des détenus — Étant donné la grande nécessité de prendre des mesures de sécurité contre l'introduction d'armes, les évasions, la contrebande de drogues et le harcèlement de victimes et de témoins, il existe une proportionnalité entre les objectifs visés par la liste d'appels autorisés et les inconvénients ou le préjudice que son utilisation pourrait causer — La liste d'appels autorisés est une restriction qui est justifiée aux termes de l'article premier — Le message surimposé n'est pas justifié — Il ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale — Dans la mesure où la liste d'appels autorisés empêche les détenus d'amorcer une conversation avec des personnes qui ne veulent pas leur parler, le message surimposé est superflu — Il ne contribue à réaliser ni l'objectif de réadaptation ni l'objectif de prévention.

Pénitenciers — Contrôle judiciaire de la Directive du commissaire n° 085 qui codifie la décision du commissaire d'installer un nouveau système téléphonique (i) restreignant les communications téléphoniques par les détenus à une liste préalablement autorisée de numéros de téléphone; (ii) émettant un message surimposé au début de l'appel, puis à intervalles périodiques; (iii) relevant le numéro composé, le moment auquel l'appel est fait et la durée de l'appel — Le message surimposé porte atteinte à l'art. 2b) et n'est pas sauvegardé par la clause limitative — L'art. 71 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et l'art. 95 du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition prévoient que les détenus ont le droit d'établir des communications téléphoniques dans les limites raisonnables fixées par règlement pour assurer la sécurité de quiconque ou du pénitencier — Les détenus ont été consultés avant l'installation du nouveau système téléphonique — Le nouveau système téléphonique n'outrepasse pas les pouvoirs du Service.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la Directive du commissaire n° 085 qui codifiait la décision du commissaire du Service correctionnel d'installer un nouveau système téléphonique pour les détenus. Les objectifs de ce nouveau système étaient d'encourager les

lop family and community relations, and to limit the use of telephone communications by inmates in the commission of prohibited activities.

The authorized call list technologically prevents the inmates from calling any number which has not previously been authorized by the institutional head or designate. Each inmate is permitted a personal list of up to forty telephone numbers for intended calls. The inmate is required to provide the telephone number to be called, the name and address of the person to whom the telephone number belongs and the relationship between the inmate and that person. In addition, there is a second list of up to thirty-five common access telephone numbers which are available to all inmates of the particular institution. Such numbers could include those of legal aid clinics, crisis centres and other similar organizations. Finally, there is a third category of persons, described as privileged correspondents, which includes parliamentarians and members of provincial legislatures, senior government officials, ombudspersons, judges and legal counsel. If a number is disallowed by the Service or blocked at the request of a recipient, the inmate is promptly advised in writing of the reasons and provided with an opportunity to respond. Otherwise, access is provided immediately during any times when the telephones are available if the numbers are included on the common access or authorized call lists. The proposed system was to have included a voice-over message advising recipients of an inmate call that: "This call is from a correctional institution. This call may be monitored or recorded." at the beginning of the call and at 10-minute intervals thereafter, but the implementation of this feature was prohibited by an interlocutory injunction which was affirmed on appeal. A monitoring system records the telephone number of the person called, the time of the call and its duration. It does not involve or technologically facilitate intercepting or recording the contents of communications.

The issues were whether the new system (1) contravened the applicants' right to freedom of expression as guaranteed by Charter, paragraph 2(b); (2) constituted an unreasonable search in contravention of Charter, section 8; (3) threatened the applicants' right to life, liberty and security of the person in a manner which was not in accordance with the principles of fundamental justice, contrary to Charter, section 7; (4) whether the limits in Commissioner's Directive 085 were "prescribed by law" for the purposes of Charter, section 1; (5) whether any violations found to exist were justified under Charter, section 1; and, (6) whether the new telephone system was within the authority of the Correctional Service of

détenus à établir et à entretenir des liens avec des membres de leur famille et de la collectivité, et à limiter l'utilisation des communications téléphoniques par les détenus à des fins illicites.

La liste d'appels autorisés empêche techniquement les détenus de composer un numéro qui n'a pas été préalablement autorisé par le directeur du pénitencier ou la personne désignée. Chaque détenu peut inscrire sur une liste personnelle au plus quarante numéros de téléphone pour les appels projetés. Le détenu doit fournir le numéro de téléphone à composer, le nom et l'adresse de la personne à laquelle appartient le numéro de téléphone, et le lien entre le détenu et cette personne. Il existe en outre une deuxième liste qui est constituée d'au plus trente-cinq numéros de téléphone communs d'accès que peuvent composer tous les détenus d'un établissement donné. Ces numéros sont notamment ceux de cliniques d'aide juridique, de centres de détresse et d'autres organismes semblables. Enfin, il existe une troisième catégorie de personnes, appelées correspondants privilégiés, dont font partie les députés fédéraux et les membres des assemblées législatives provinciales, des hauts fonctionnaires, des protecteurs du citoyen, des juges et des avocats. Si un numéro est refusé par le Service ou bloqué à la demande du destinataire, le détenu est promptement informé par écrit des motifs et se voit accorder la possibilité de présenter des observations. Autrement, l'accès est instantané en tout temps lorsque les appareils téléphoniques sont accessibles si les numéros sont inscrits sur la liste commune d'accès ou sur la liste d'appels autorisés. Le système téléphonique proposé devait émettre un message surimposé avertissant les destinataires des appels faits par les détenus que: «Cet appel provient d'un établissement correctionnel. Cet appel peut être écouté [sic] ou enregistré.» Ce message devait être émis au début de l'appel et toutes les dix minutes par la suite, mais sa mise en service a été interdite par une injonction interlocutoire qui a été confirmée en appel. Un système de surveillance relève le numéro de téléphone du destinataire de l'appel, le moment auquel l'appel est fait et la durée de l'appel. Il ne permet ni ne facilite techniquement l'interception ou l'enregistrement du contenu des conversations.

Les questions litigieuses étaient de savoir si le nouveau système (1) portait atteinte à la liberté d'expression garantie aux requérants par l'alinéa 2b) de la Charte; (2) constituait une fouille ou une perquisition abusive au sens de l'article 8 de la Charte; (3) portait atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne des requérants d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, contrairement à l'article 7 de la Charte; (4) si les restrictions imposées dans la Directive du commissaire n° 085 étaient prescrites «par une règle de droit» pour l'application de l'article premier de la Charte; (5) en cas de violation de la Charte, si ces restrictions étaient justifiées en vertu de l'article premier de la Charte;

Canada.

Held, the application should be granted only in so far as the voice-over feature infringed Charter, paragraph 2(b), and was not justified by section 1.

(1) The test for breach of freedom of expression requires a determination of whether the activity is within the sphere of conduct protected by freedom of expression; and if so, whether the purpose or effect of the government action is to restrict freedom of expression. An attempt by government to restrict the conveyance of a meaning will necessarily infringe paragraph 2(b). If the government activity does not bear the purpose of restricting freedom of expression, but the activity nonetheless curtails expression, the individual must demonstrate that the meaning sought to be conveyed relates to values underlying freedom of expression, such as the pursuit of truth, participation in the community, individual self-fulfilment and human flourishing. The context (i.e. a penitentiary) of the alleged breach of freedom of expression is not considered under paragraph 2(b), but under Charter, section 1.

The very design of the authorized call list feature, which restricts the applicants from making telephone calls to whomever they choose, was *prima facie* a limit on freedom of expression for inmates, in the same way as it would be for any other person.

The courts have interpreted "freedom" in such a way as to include freedom from being forced to express oneself, or to express oneself in a particular manner. The objectives of the voice-over were to advise recipients that the call originated from a penitentiary and to provide fair notice that the usual degree of privacy of a telephone conversation could not be expected. In attempting to achieve their objectives, the respondents intended to restrict the applicants' ability to convey their own message free of additional meanings interposed by the voice-over. On the basis that the voice-over was forced expression, it was a limit on the applicants' freedom of expression and constituted a breach of paragraph 2(b). Even if the respondents' purpose was not to restrict the applicants' freedom of expression, the authorized call list and the voice-over had the effect of limiting the applicants' ability to communicate. Moreover, these effects were established with sufficient reference to the principles and values underlying the freedom: the maintenance of their family relationships and friendships in the community, which were firmly linked with individual self-fulfilment and human flourishing.

et (6) si le nouveau système téléphonique relevait des pouvoirs conférés au Service correctionnel du Canada.

Jugement: la demande doit être accueillie uniquement dans la mesure où le message surimposé constituait une violation de l'alinéa 2b) de la Charte qui n'était pas justifiée par l'article premier.

(1) Le critère applicable en matière d'atteinte à la liberté d'expression suppose qu'on détermine si l'activité relève du champ des activités protégées par la liberté d'expression et, dans l'affirmative, si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale est de restreindre la liberté d'expression. Une tentative du gouvernement pour restreindre la communication d'une pensée portera inévitablement atteinte à l'alinéa 2b). Si l'action gouvernementale ne vise pas à restreindre la liberté d'expression, mais la réduit quand même, l'intéressé doit prouver que la pensée qu'il a voulu communiquer se rapporte aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, comme la recherche de la vérité, la participation au sein de la société, et l'enrichissement et l'épanouissement personnels. Le contexte (c'est-à-dire un pénitencier) dans lequel s'inscrit l'atteinte présumée à la liberté d'expression n'est pas évalué sous le régime de l'alinéa 2b), mais sous le régime de l'article premier de la Charte.

La liste d'appels autorisés, qui a été précisément conçue pour empêcher les requérants de téléphoner à n'importe qui, constituait à première vue une restriction imposée à la liberté d'expression des détenus, comme il s'agirait d'une restriction imposée à la liberté d'expression de n'importe quelle autre personne.

Les tribunaux ont interprété le mot «liberté» de façon à ce qu'il comprenne la liberté de ne pas être forcé de s'exprimer ou la liberté de s'exprimer d'une manière particulière. Les objectifs du message surimposé étaient d'avertir les destinataires que l'appel provenait d'un pénitencier et de leur faire clairement savoir qu'ils ne pouvaient pas s'attendre au même degré de protection de la vie privée pendant la communication. Pour tenter de réaliser leurs objectifs, les intimés avaient l'intention de restreindre la capacité des requérants de communiquer leur propre pensée sans messages supplémentaires imposés par le système. Compte tenu du fait que le message surimposé était une expression forcée, il restreignait la liberté d'expression des requérants et contrevenait à l'alinéa 2b). Même si l'objectif des intimés n'était pas de restreindre la liberté d'expression des requérants, la liste d'appels autorisés et le message surimposé avaient pour effet de limiter la capacité des requérants de communiquer. De plus, les requérants ont démontré l'existence de ces effets en se référant suffisamment aux principes et aux valeurs qui sous-tendent cette liberté: le maintien de leurs liens familiaux et de leurs amitiés dans la collectivité, qui sont fermement liés à l'épanouissement et à l'enrichissement personnels.

(2) Charter, section 8 protects one's entitlement to a reasonable expectation of privacy from government intrusion. An individual's reasonable expectation of privacy will necessarily be limited when he is incarcerated. It was not certain that the gathering of personal information from the authorized call list, and the data which results from the monitoring of the telephone conversations constituted a breach. The applicants do not have a reasonable expectation of privacy with respect to the monitoring and authorized call list features of the new telephone system. Even if the gathering of this information constituted a search or seizure, it was not one which was unreasonable within the meaning of section 8. They could not be afforded the protection of section 8.

(3) There was no breach under Charter, section 7. In determining whether there is a breach, the principles of fundamental justice must be interpreted in light of the context in which the individual raises the protection of section 7. The new telephone system was not "a substantial change". There being no reasonable expectation of privacy, neither Charter, section 8 nor 7 was engaged.

(4) For the Court to embark on a full consideration of whether the limits at issue are demonstrably justified, they must be "prescribed by law". Whether a Commissioner's Directive is a limit "prescribed by law" is an evolving issue. Commissioner's Directive 085 is more than an internal guideline. It is a rule made pursuant to *Corrections and Conditional Release Act*, section 97 and designated as a Commissioner's Directive pursuant to section 98. Subsection 71(1) provides for reasonable contact between inmates and family, friends and other persons outside the penitentiary "subject to such reasonable limits as are prescribed for protecting the security of the penitentiary or the safety of persons". Read in conjunction with sections 97 and 98 of the Act, subsection 71(1) is the statutory authority for the Commissioner to make rules and directives with respect to convicts contacting members of the public at large. In addition, sections 94 and 95 of the *Corrections and Conditional Release Regulations* necessarily imply the authorization of telephone communications for inmates. There is no plenary discretion evident, but a grant of authority that is to be exercised with reasonable limits under the objectives of security and the safety of persons. Thus, the specific provisions of Commissioner's Directive 085 authorizing the call lists and the voice-over were squarely within the ambit of the discretion given by subsection 71(1) in conjunction with its corresponding provisions in the Regulations, and sections 97 and 98 of the Act. No arbitrariness was evident in the manner in which the limits were prescribed. There was no disruption in the chain of statutory authority flowing from

(2) L'article 8 de la Charte garantit le droit d'une personne d'être protégée contre les atteintes gouvernementales aux attentes raisonnables en matière de vie privée. Les attentes raisonnables en matière de vie privée d'une personne seront forcément limitées dans un milieu carcéral. Il n'était pas certain que la collecte de renseignements personnels provenant de la liste d'appels autorisés et que les données recueillies au moyen du relevé des appels constituaient une atteinte. Les requérants n'ont aucune expectation raisonnable quant au respect du droit à la vie privée en ce qui concerne les attributs du nouveau système téléphonique que sont la liste d'appels autorisés et le relevé des appels. Même si la collecte de ces renseignements constituait une fouille, une perquisition ou une saisie, il ne s'agissait pas d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie abusive au sens de l'article 8. Ils ne pouvaient pas obtenir la protection accordée par l'article 8.

(3) Il n'y avait pas d'atteinte à l'article 7 de la Charte. Pour déterminer s'il y a atteinte, il faut interpréter les principes de justice fondamentale en fonction du contexte dans lequel la personne invoque la protection accordée par l'article 7. Le nouveau système téléphonique ne constituait pas une «modification importante». Comme il n'y avait aucune attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée, ni l'article 8 ni l'article 7 de la Charte n'étaient mis en jeu.

(4) Pour que la Cour procède à un examen complet de la question de savoir si les restrictions en cause sont raisonnables et justifiées, il faut que ces restrictions soient prescrites «par une règle de droit». La question de savoir si une directive du commissaire est une restriction prescrite «par une règle de droit» est encore en évolution. La Directive du commissaire n° 085 est plus qu'une ligne directrice interne. C'est une règle établie sous le régime de l'article 97 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et appelée Directive du commissaire en vertu de l'article 98. Le paragraphe 71(1) permet aux détenus d'entretenir, dans la mesure du possible, des relations avec leur famille, leurs amis et d'autres personnes à l'extérieur du pénitencier, «dans les limites raisonnables fixées par règlement pour assurer la sécurité de quiconque ou du pénitencier». Lu conjointement avec les articles 97 et 98 de la Loi, le paragraphe 71(1) constitue la disposition législative habilitante qui permet au commissaire d'établir des règles et des directives concernant les relations que les prisonniers entretiennent avec les membres du public en général. De plus, les articles 94 et 95 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* impliquent forcément que les détenus sont autorisés à établir des communications téléphoniques. Le pouvoir accordé n'est pas un pouvoir discrétionnaire absolu, mais un pouvoir qui doit être exercé dans les limites raisonnables pour assurer la sécurité des personnes. Par conséquent, les paragraphes particuliers de la Directive du commissaire n° 085 qui autorisent les listes d'appels et le message surimposé se situaient carrément à

the Act and the Regulations to the limits in Commissioner's Directive 085. The limits in the Directive were "prescribed by law".

(5) There are two steps in deciding whether a limit is reasonable and demonstrably justified: (a) the government's objective for imposing the limit must be shown to relate to pressing and substantial concerns in a free and democratic society; and (b) the breach must be found to be proportional. There are three branches to the proportionality test: a court must decide whether: (i) the means of achieving the objective are "rationally connected" with the objective, or the objective must not be arbitrary, unfair or based on irrational connections; (ii) the means chosen to achieve the objective minimally impair the right; (iii) there is proportionality between the importance of the objective and the helpful and harmful effects of limiting the right.

(a) The respondents had established the positive objective of enhancing inmate telephone communications to assist in rehabilitation. The precautionary objective of controlling those communications that might result in crime was similarly established. Both objectives clearly reflected concerns which were pressing and substantial to Canadian society.

(b) The authorized call list will assist in preventing prohibited calls, although inmates might still succeed in using telephone communications for improper purposes. But, the new telephone system need not operate flawlessly to be rationally connected to its purpose. The new telephone system was a substantial step towards meeting the precautionary objectives, while allowing convicts to maintain positive communication with family and community members. The authorized call list minimally impaired the applicants' freedom of expression as the new telephone system provides reasonable access while attempting to control problem communications. If the limit of forty numbers seemed restrictive, the context of the applicants' rights must be remembered. The maximum of forty numbers per inmate coincides with the system's technological capacity to accommodate the total population in federal prisons. The policy objective of rehabilitation does not necessitate affording unlimited access in a prison context. Some inconvenience, even with respect to family members, is not inconsistent with a penitentiary setting. Nor do the limitations detrimentally affect in any significant way the stated objective of enhancing rehabilitation through

l'intérieur de la portée du pouvoir discrétionnaire accordé par le paragraphe 71(1) de même que par les dispositions correspondantes du Règlement et les articles 97 et 98 de la Loi. La façon dont les restrictions étaient prescrites ne révélait aucun arbitraire. Il n'y avait pas de rupture dans la chaîne des pouvoirs d'origine législative entre la Loi et le Règlement et les restrictions imposées dans la Directive du commissaire n° 085. Ces restrictions étaient prescrites «par une règle de droit».

(5) Il y a deux étapes pour déterminer si une limite est raisonnable et si sa justification peut se démontrer: a) il faut démontrer que l'objectif poursuivi par le gouvernement pour imposer la limite se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique; et b) il faut que l'atteinte soit proportionnelle. Le volet proportionnalité comprend trois éléments: la cour doit déterminer (i) s'il existe un «lien rationnel» entre les mesures prises pour atteindre l'objectif et l'objectif en question, en d'autres mots, l'objectif ne doit pas être arbitraire, inéquitable ni fondé sur des considérations irrationnelles; (ii) si le moyen choisi pour atteindre cet objectif est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question; et (iii) s'il y a proportionnalité entre l'importance de l'objectif et les effets utiles et préjudiciales des mesures restreignant le droit en question.

a) Les intimés s'étaient fixé un objectif positif, c'est-à-dire favoriser l'établissement de communications téléphoniques par les détenus dans un but de réadaptation. Ils s'étaient également fixé un objectif de prévention, c'est-à-dire surveiller les communications qui pourraient donner lieu à la perpétration d'actes criminels. Ces deux objectifs reflétaient clairement des préoccupations urgentes et réelles dans la société canadienne.

b) La liste d'appels autorisés contribuera à prévenir les appels interdits, mais il se pourrait que les détenus parviennent encore à utiliser les appareils téléphoniques à des fins malhonnêtes. Cependant, le nouveau système téléphonique n'a pas besoin de fonctionner parfaitement pour avoir un lien rationnel avec son objectif. Le nouveau système téléphonique représentait un pas important vers la réalisation des objectifs de prévention, tout en permettant aux détenus de maintenir une communication positive avec des membres de leur famille et de la collectivité. La liste d'appels autorisés constituait une atteinte minimale à la liberté d'expression des requérants car le nouveau système téléphonique donne un accès raisonnable tout en tentant de prévenir les communications qui posent des problèmes. Si la limite de quarante numéros semblait constituer une restriction, il importe de ne pas oublier le contexte dans lequel s'inscrivent les droits des requérants. Le maximum de quarante numéros par détenu coïncide avec la capacité technique du système de desservir toute la population des établissements fédéraux. L'objectif de la politique est la réadaptation, mais cela ne signifie pas un accès illimité aux appareils téléphoniques dans le contexte

family and community telephone communications. Similarly, weighed against the seriousness of the need for security measures against the importing of weapons, breakouts, the smuggling of drugs and the harassment of victims and witnesses, there was a proportionality between the objectives of the authorized call list and the inconveniences or harms that might flow from its implementation. The authorized call list was a limitation on freedom of expression, which was justified under Charter, section 1.

The voice-over feature was patently intrusive. For recipients of calls who speak neither official language, the voice-over will be disruptive without conveying any meaning. The voice-over was not necessary to achieve the rehabilitation objective of the new telephone system. In any event, it was not justified under the minimal impairment test. Functionally, the authorized call list and the first voice-over message that the call originated from a correctional institution overlapped. The authorized call list should, to a large extent, prevent the inmate from initiating calls to persons who do not wish to speak with him. In this respect, the first voice-over message was extraneous. The voice-over message that the call may be monitored would advise the well-informed recipient that the correctional facility will know the number dialled, when the call was made and its duration, and the identity of the person who owns the number. With such superficial information in issue, the purpose in advising recipients that the call may be monitored was not apparent. Similarly, the objective in advising the recipient that the call may be recorded was constitutionally suspect. Section 94 of the Regulations allows for the recording of inmate conversations only if there are reasonable grounds to believe that the communication will contain evidence of criminal acts or threats to the security of any person. It was difficult to understand the necessity, in protecting the recipient of the call, of advising that the communication may be recorded. Such protection would only be expected if the Service was permitted to record all calls. The voice-over did not assist significantly in achieving the Service's precautionary objectives, and to the extent that it did, it could be communicated in writing to persons on the authorized call list.

(6) The new telephone system did not exceed the Services jurisdiction. Act, section 71 and Regulations, section 95 envisage the inmates' right to telephone communica-

d'un pénitencier. Certains inconvénients, même à l'égard des membres de la famille, ne sont pas incompatibles avec un milieu carcéral. Ces restrictions ne compromettent pas non plus sérieusement l'objectif déclaré de favoriser la réadaptation au moyen de communications téléphoniques établies avec des membres de la famille et de la collectivité. De même, étant donné la grande nécessité de prendre des mesures de sécurité contre l'introduction d'armes, les évasions, la contrebande de drogues et le harcèlement de victimes et de témoins, il existait une proportionnalité entre les objectifs visés par la liste d'appels autorisés et les inconvénients ou le préjudice que son utilisation pourrait causer. La liste d'appels autorisés était une restriction imposée à la liberté d'expression qui était justifiée aux termes de l'article premier de la Charte.

Le message surimposé était clairement envahissant. Pour les destinataires des appels qui ne parlent aucune des deux langues officielles, le message surimposé sera envahissant et ne communiquera aucune pensée. Le message surimposé n'était pas nécessaire pour réaliser l'objectif de réadaptation du nouveau système téléphonique. De toute façon, il n'était pas justifié en vertu du critère de l'atteinte minimale. En pratique, la liste d'appels autorisés et le premier message surimposé annonçant que l'appel provenait d'un établissement correctionnel se recouvraient. La liste d'appels autorisés devrait, dans une large mesure, empêcher les détenus d'amorcer une conversation avec des personnes qui ne veulent pas leur parler. À cet égard, le premier message surimposé était superflu. Le message précisant que l'appel peut être relevé apprendrait au destinataire bien renseigné que l'établissement correctionnel connaîtra le numéro composé, le moment auquel l'appel a été fait et la durée de l'appel, de même que l'identité de la personne à laquelle appartient le numéro composé. Comme les renseignements en cause sont si peu importants, la raison d'être du message précisant que l'appel peut être relevé n'était pas évidente. De même, la raison d'être du message consistant à avertir le destinataire que l'appel peut être enregistré était constitutionnellement suspecte. L'article 94 du Règlement n'autorise l'enregistrement des conversations des détenus que s'il existe des motifs raisonnables de croire que la communication contiendra des éléments de preuve relatifs à des actes criminels ou à des menaces à la sécurité de quiconque. Il était difficile de comprendre pourquoi il fallait, pour protéger le destinataire de l'appel, l'avertir que la communication peut être enregistrée. Une telle protection ne serait escomptée que si le Service était autorisé à enregistrer tous les appels. Le message surimposé ne contribuait pas d'une façon significative à réaliser les objectifs de prévention du Service et, dans la mesure où il le faisait, il pouvait être communiqué par écrit aux personnes dont le numéro figure sur la liste d'appels autorisés.

(6) Le nouveau système téléphonique n'outrepassait pas les pouvoirs du Service. L'article 71 de la Loi et l'article 95 du Règlement prévoient que les détenus ont le droit

tions subject to such reasonable limits as are prescribed for protecting the security of the penitentiary or the safety of persons. These provisions are fully consistent with paragraphs 3(a) and (b), 4(a), (d) and (e) and 5(a), (b) and (c) of the Act. The inmates were consulted prior to the implementation of the new telephone system in a manner consistent with section 74.

d'établir des communications téléphoniques dans les limites raisonnables fixées par règlement pour assurer la sécurité de quiconque ou du pénitencier. Ces dispositions sont entièrement compatibles avec les alinéas 3a) et b), 4a), d) et e), et 5a), b) et c) de la Loi. Les détenus ont été consultés avant l'installation du nouveau service téléphonique d'une manière compatible avec l'article 74 de la Loi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 7, 8.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 4, 5, 70, 71, 74, 97, 98.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 94, 95.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; 195 N.R. 81; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; (1996), 178 N.B.R. (2d) 161; 137 D.L.R. (4th) 142; 454 A.P.R. 161; 37 C.R.R. (2d) 189; 201 N.R. 1; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; (1993), 105 D.L.R. (4th) 210; 83 C.C.C. (3d) 1; 23 C.R. (4th) 1; 16 C.R.R. (2d) 256; 154 N.R. 392; affg [1991] 1 F.C. 85; (1990), 73 D.L.R. (4th) 57; 58 C.C.C. (3d) 424; 78 C.R. (3d) 257; 49 C.R.R. 347; 112 N.R. 379 (C.A.); *Fieldhouse v. Kent Institution* (1995), 98 C.C.C. (3d) 207; 40 C.R. (4th) 263 (B.C.C.A.); *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459; (1986), 34 D.L.R. (4th) 427; 22 Admin. L.R. 205; 30 C.C.C. (3d) 129; 55 C.R. (3d) 83; 25

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 7, 8.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 4, 5, 70, 71, 74, 97, 98.
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 94, 95.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; 195 N.R. 81; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; (1996), 178 N.B.R. (2d) 161; 137 D.L.R. (4th) 142; 454 A.P.R. 161; 37 C.R.R. (2d) 189; 201 N.R. 1; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; 26 C.C.E.L. 85; 89 CLLC 14,031; 93 N.R. 183; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 417; 31 C.R.R. (2d) 189; 187 N.R. 1; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; (1993), 105 D.L.R. (4th) 210; 83 C.C.C. (3d) 1; 23 C.R. (4th) 1; 16 C.R.R. (2d) 256; 154 N.R. 392; conf. [1991] 1 C.F. 85; (1990), 73 D.L.R. (4th) 57; 58 C.C.C. (3d) 424; 78 C.R. (3d) 257; 49 C.R.R. 347; 112 N.R. 379 (C.A.); *Fieldhouse v. Kent Institution* (1995), 98 C.C.C. (3d) 207; 40 C.R. (4th) 263 (C.A.C.-B.); *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; (1986), 34 D.L.R. (4th) 427; 22 Admin. L.R. 205; 30 C.C.C. (3d)

C.R.R. 307; 72 N.R. 61; 3 Q.A.C. 133; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; (1993), 11 Admin. L.R. (2d) 1; 80 C.C.C. (3d) 492; 20 C.R. (4th) 57; 14 C.R.R. (2d) 234; 151 N.R. 161; 62 O.A.C. 243; *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)*, [1989] 3 F.C. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 35 F.T.R. 79; 92 N.R. 292 (C.A.); *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168; (1996), 34 C.R.R. (2d) 1; 107 F.T.R. 81 (T.D.); affd A-189-96.

CONSIDERED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55; (1990), 55 C.C.C. (3d) 50; 75 C.R. (3d) 174; 1 C.R.R. (2d) 327; 32 F.T.R. 96 (T.D.); *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; (1988), 40 C.C.C. (3d) 411; 63 C.R. (3d) 1; 32 C.P.R. 257; 4 M.V.R. (2d) 185; 84 N.R. 347; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.); *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241.

REFERRED TO:

Hunter et al. v. Commissioner of Corrections (Can.) et al. (1995), 104 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); affd (1996), 206 N.R. 294 (F.C.A.); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122.

AUTHORS CITED

Correctional Service Canada. Commissioner's Directive 085, "Correspondence and Telephone Communication" dated April 9, 1996.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.

APPLICATION for judicial review of Commissioner's Directive 085 which codified the

129; 55 C.R. (3d) 83; 25 C.R.R. 307; 72 N.R. 61; 3 Q.A.C. 133; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; (1993), 11 Admin. L.R. (2d) 1; 80 C.C.C. (3d) 492; 20 C.R. (4th) 57; 14 C.R.R. (2d) 234; 151 N.R. 161; 62 O.A.C. 243; *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 35 F.T.R. 79; 92 N.R. 292 (C.A.); *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168; (1996), 34 C.R.R. (2d) 1; 107 F.T.R. 81 (1^{re} inst.); conf. par A-189-96.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta. L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55; (1990), 55 C.C.C. (3d) 50; 75 C.R. (3d) 174; 1 C.R.R. (2d) 327; 32 F.T.R. 96 (1^{re} inst.); *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; (1988), 40 C.C.C. (3d) 411; 63 C.R. (3d) 1; 32 C.P.R. 257; 4 M.V.R. (2d) 185; 84 N.R. 347; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.); *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241.

DÉCISIONS CITÉES:

Hunter et autres c. Commissaire du Service correctionnel (Can.) et autre (1995), 104 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1996), 206 N.R. 294 (C.A.F.); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122.

DOCTRINE

Service correctionnel Canada. Directive du commissaire n° 085, «Correspondance et communications téléphoniques» en date du 9 avril 1996.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la Directive du commissaire n° 085 qui codifiait la décision du

Commissioner of Corrections' decision to implement a new inmate telephone system. Application allowed in so far as the voice-over feature of the new system infringed the Charter, paragraph 2(b) freedom of expression, and was not justified under section 1.

COUNSEL:

Diane Magas for applicants.
Ian D. McCowan for respondents.

SOLICITORS:

Diane Magas, Ottawa, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

1 LUTFY J.: The applicants are inmates in seven federal institutions in Ontario where the Commissioner of Corrections (the respondent) has decided to implement a new inmate telephone system. The applicants challenge the legality of this decision and, in particular, the constitutionality of three principal features of the new telephone system. They object to the restriction of inmate calls to a limited list of telephone numbers, pre-authorized by correctional staff. Second, a recorded voice-over message will be repeated at regular intervals during the calls. The applicants' other concern is that the new system monitors the number called, when the call is made and its duration.

2 This application for judicial review was launched in November 1995. At the time, the new telephone system was in the process of being implemented but was not yet operational in Ontario. The applicants' affidavit material is based substantially on information disclosed prior to the system becoming fully operational in Ontario. On April 9, 1996, the respondent issued Commissioner's Directive 085 (or the Directive) entitled "Correspondence and Telephone

commissaire du Service correctionnel d'installer un nouveau système téléphonique pour les détenus. Demande accueillie dans la mesure où le message surimposé du nouveau système constituait une violation de la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la Charte qui n'était pas justifiée au sens de l'article premier.

AVOCATS:

Diane Magas pour les requérants.
Ian D. McCowan pour les intimés.

PROCUREURS:

Diane Magas, Ottawa, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

1 LE JUGE LUTFY: Les requérants sont détenus dans sept établissements fédéraux situés en Ontario dans lesquels le commissaire du Service correctionnel du Canada (l'intimé) a décidé d'installer un nouveau système téléphonique pour les détenus. Les requérants contestent la légalité de cette décision et, en particulier, la constitutionnalité de trois attributs principaux du nouveau système téléphonique. Premièrement, ce système limite les appels faits par les détenus à une liste restreinte de numéros de téléphone préalablement autorisés par le personnel correctionnel. Deuxièmement, ce système émet un message surimposé enregistré à intervalles périodiques pendant les appels. Troisièmement, ce système relève le numéro composé, le moment auquel l'appel est fait et la durée de l'appel.

2 La présente demande de contrôle judiciaire a été introduite en novembre 1995. À ce moment-là, le nouveau système téléphonique était en cours d'installation mais n'était pas encore opérationnel en Ontario. Les affidavits déposés par les requérants sont en grande partie fondés sur des renseignements obtenus avant que le système ne devienne complètement opérationnel dans cette province. Le 9 avril 1996, l'intimé a communiqué la Directive du com-

Communication” which is the last amended codification of the new telephone system. The parties acknowledge that it is this version of the Directive which is the decision under judicial review.

messaire n° 085 (la directive) intitulée «Correspondance et communications téléphoniques», qui est la dernière codification modifiée du nouveau système téléphonique. Les parties reconnaissent que c’est cette version de la Directive qui constitue la décision visée par le présent contrôle judiciaire.

- 3 The applicants seek both a declaration that the contested features of the new telephone system are unconstitutional and a writ of prohibition to prevent its implementation by the respondents.

Les requérants demandent un jugement déclaratoire portant que les attributs contestés du nouveau système téléphonique sont inconstitutionnels et un bref de prohibition pour empêcher leur mise en service par les intimés.

THE ISSUES

LES QUESTIONS EN LITIGE

- 4 There are six issues raised in this application for judicial review.

La présente demande de contrôle judiciaire soulève six questions litigieuses.

1. Does the new telephone system contravene the applicants’ right to freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter)?

1. Le nouveau système téléphonique porte-t-il atteinte à la liberté d’expression garantie aux requérants par l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte)?

2. Does the new telephone system constitute an unreasonable search in contravention of section 8 of the Charter?

2. Le nouveau système téléphonique constitue-t-il une fouille ou une perquisition abusive au sens de l’article 8 de la Charte?

3. Does the new telephone system threaten the applicants’ right to life, liberty and security of the person in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice, contrary to section 7 of the Charter?

3. Le nouveau système téléphonique porte-t-il atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne des requérants d’une manière qui n’est pas compatible avec les principes de justice fondamentale, contrairement à l’article 7 de la Charte?

4. If any of the above Charter violations is found to exist, are the limits in Commissioner’s Directive 085 “prescribed by law” for the purposes of section 1 of the Charter?

4. S’il y a violation de l’une des dispositions susmentionnées de la Charte, les restrictions imposées dans la Directive du commissaire n° 085 sont-elles prescrites «par une règle de droit» pour l’application de l’article premier de la Charte?

5. If the violations are found to exist and are limits prescribed by law, can they be justified under section 1 of the Charter?

5. S’il y a violation de la Charte et s’il s’agit de restrictions prescrites par une règle de droit, ces restrictions sont-elles justifiables au sens de l’article premier de la Charte?

6. Is the new telephone system within the authority of the Correctional Service of Canada under the

6. Le nouveau système téléphonique relève-t-il des pouvoirs conférés au Service correctionnel du

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20 (the Act), and the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (the Regulations)?

Canada par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (la Loi), et le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (le Règlement)?

THE FACTS

LES FAITS

5 Inmate access to telephones was first permitted only for exceptional reasons and under the control and supervision of a staff member of the Correctional Service of Canada (the Service). Calls were only allowed on the Service's administrative telephone system. As the volume of inmate requests increased, the Service concluded that increased contact with family and friends in the community could enhance the rehabilitative process.

5 L'accès à des appareils téléphoniques a d'abord été accordé aux détenus uniquement pour des raisons exceptionnelles et sous le contrôle et la supervision d'un employé du Service correctionnel du Canada (le Service). Les appels ne pouvaient être faits qu'au moyen du système téléphonique administratif du Service. Comme le nombre de demandes présentées par les détenus augmentait, le Service a conclu que l'accroissement des contacts avec des membres de la famille et des amis dans la collectivité pourrait faciliter la réadaptation des détenus.

6 In the late 1970s, a coinless, collect call system was introduced in minimum security facilities and, subsequently through the 1980s, in higher security level prisons. By 1994, eighty percent of all institutions, including those represented by the applicants in these proceedings, had some variation of the collect call telephone system. Access was largely unsupervised unless there was some individualized suspicion of improper use.

6 Vers la fin des années 70, un système d'appels à frais virés sans dispositif d'encaissement a été mis en place dans les établissements à sécurité minimale, puis, au cours des années 80, dans les établissements à sécurité plus élevée. En 1994, 80 p. 100 des établissements, y compris ceux que représentent les requérants en l'espèce, avaient une variante de ce système d'appels à frais virés. L'accès aux appareils téléphoniques n'était généralement pas supervisé, à moins qu'il n'existe des raisons de soupçonner qu'un détenu utilise les appareils à des fins malhonnêtes.

7 The relatively recent introduction of competition in long distance telephone service and the development of computerized telephone switches led the Service to consider the available options for a more efficient and secure telephone system. In November 1994, pursuant to his authority under section 97 of the Act, the respondent decided to implement the new telephone system. Eventually, after the new system became operational in Ontario, Commissioner's Directive 085 was issued nationally in April 1996.

7 L'introduction assez récente de la concurrence sur le marché de l'interurbain et la conception de commutateurs téléphoniques informatisés ont amené le Service à examiner les options possibles pour avoir un système téléphonique plus sûr et plus efficace. En novembre 1994, l'intimé a décidé d'installer le nouveau système téléphonique conformément au pouvoir que lui accorde l'article 97 de la Loi. Finalement, après que le nouveau système est devenu opérationnel en Ontario, la Directive du commissaire n° 085 a été communiquée à l'échelle nationale en avril 1996.

8 The Directive deals with correspondence and with telephone communications. The relevant portions

8 Cette Directive porte sur la correspondance et les communications téléphoniques. Les passages perti-

concerning telephone communications provide:

POLICY OBJECTIVE

1. To encourage inmates to maintain and develop family and community ties through written correspondence and telephone communication, consistent with the principle of protection of the public, staff members and offenders.

...

INMATE TELEPHONE COMMUNICATION

11. National Headquarters shall be responsible for the selection, installation and maintenance of a national inmate telephone system.
12. The national inmate telephone system shall have a voice over which will advise the recipient of the call that "this call is from a correctional institution" and "this call may be monitored or recorded".
13. Access to telephones, through an inmate telephone system, should be provided, on a fair and consistent basis, to help maintain family and community ties and to provide a direct link with families in the event of an emergency. To ensure consistency, standards for inmate access to telephones and the use of an inmate telephone system are provided in Annex "B".
14. Telephone calls between inmates and members of the public may be intercepted (interception is defined as the listening to and recording of a conversation by some mechanical devices) in accordance with Commissioner's Directive 575, entitled "Interception of Communications Related to the Maintenance of Institutional Security".
15. The telephone monitoring system provides the institutional head or designate with the ability to manage, supervise and control inmate access to the inmate telephone system and its use for communication with members of the public.
16. Telephone communication is a part of the overall program of reintegration into the community, similar to visits and temporary absences.
17. Telephone calls for humanitarian purposes, such as illness, death in the family, or birth of a child, shall

nents relatifs aux communications téléphoniques sont les suivants:

OBJECTIF DE LA POLITIQUE

1. Encourager les détenus à établir et à entretenir des liens avec des membres de leur famille et de la collectivité au moyen de lettres et de communications téléphoniques, conformément au principe relatif à la protection du public, des membres du personnel et des délinquants.

...

COMMUNICATIONS TÉLÉPHONIQUES DES DÉTENU

11. Il incombe à l'Administration centrale de procéder au choix, à l'installation et à l'entretien d'un système téléphonique national pour les détenus.
12. Le système téléphonique national pour les détenus doit émettre un message surimposé qui permet d'avertir le destinataire que «cet appel provient d'un établissement correctionnel» et «cet appel peut être écouté [sic] ou enregistré».
13. Il faut, par un système téléphonique pour les détenus, donner à ces derniers l'accès à des appareils téléphoniques de façon équitable et régulière pour les aider à conserver des liens avec les membres de leur famille et de la collectivité et assurer un lien direct avec leur famille en cas d'urgence. Afin d'assurer l'application uniforme de cette politique, des normes relatives à l'accès des détenus aux appareils téléphoniques et à l'utilisation d'un système téléphonique pour les détenus figurent à l'annexe «B».
14. Les appels téléphoniques entre un détenu et un membre de la collectivité peuvent être interceptés (interception se définit par l'écoute et l'enregistrement d'une conversation par des dispositifs mécaniques) tel qu'il est indiqué dans la Directive du commissaire n° 575, intitulée «Interception des communications relatives au maintien de la sécurité dans l'établissement».
15. Le «système d'interception téléphonique» donne au directeur ou à la personne désignée la capacité de gérer, de superviser et de contrôler l'accès des détenus au système téléphonique qui leur est destiné et son utilisation pour les communications avec le public.
16. Les communications téléphoniques font partie du programme global de réinsertion sociale au même titre que les visites et les permissions de sortir.
17. Les appels téléphoniques à des fins humanitaires, telles que la maladie, un décès dans la famille ou la

normally be provided without delay.

naissance d'un enfant, doivent normalement être autorisés sans délai.

...

...

COMMUNICATION TO RETAIN LEGAL COUNSEL

20. Inmates shall be given the opportunity to retain legal counsel in accordance with Commissioner's Directive 084, entitled "Offender's Access to Legal Assistance".

COMMUNICATIONS POUR RETENIR LES SERVICES D'UN AVOCAT

20. Il faut donner au détenu la possibilité de communiquer avec un avocat pour retenir ses services, conformément à la Directive du commissaire n° 084, intitulée «Accès des délinquants aux services juridiques».

COMMUNICATIONS WITH PRIVILEGED CORRESPONDENTS

21. Telephone calls to those identified in Annex "A" as authorized privileged correspondents, shall normally be granted. Such calls shall be provided, subject to operational constraints, during normal business hours. Inmates are required to provide reasonable notice, of no less than 24 hours, of their wish to communicate by telephone with privileged correspondents. However, the institutional head or designate may decide, depending on the circumstances, that the reasonable notice is not required.
22. Calls between inmates and privileged correspondents are normally confidential. They may however be subject to interception if the conditions stipulated in Commissioner's Directive 575 are met.
23. Should the institutional head or designate determine the need to restrict access to telephone communication with privileged correspondents, he or she shall communicate the rationale for the decision in writing to the inmate and to the person concerned. Copies shall be forwarded to Regional and National Headquarters.
24. Inmates shall normally be responsible for the cost of telephone calls.
25. The institutional head or designate may authorize the use of government telephone network lines by inmates for emergency situations such as serious family illness or death, or for any other special circumstance.

APPELS AUX CORRESPONDANTS PRIVILÉGIÉS

21. Les appels téléphoniques aux personnes mentionnées à l'annexe «A», à titre de correspondants privilégiés autorisés doivent normalement être accordés. Ces appels doivent, sous réserve des contraintes opérationnelles, être autorisés pendant les heures normales de bureau. Les détenus doivent donner un avis raisonnable, soit un minimum de 24 heures, de leur intention de communiquer par téléphone avec les correspondants privilégiés. Le directeur ou la personne désignée peut toutefois décider, selon les circonstances, que l'avis raisonnable n'est pas requis.
22. Les appels téléphoniques entre un détenu et des correspondants privilégiés sont normalement confidentiels. Ces appels peuvent toutefois être interceptés lorsque les conditions énoncées dans la Directive du commissaire n° 575 sont présentes.
23. Si le directeur ou la personne désignée détermine qu'il est nécessaire de restreindre l'accès à la communication téléphonique avec les correspondants privilégiés, il doit justifier sa décision par écrit auprès de la personne concernée et du détenu. Des copies doivent être transmises aux Administrations régionales et nationale.
24. Les détenus doivent habituellement payer leurs appels téléphoniques.
25. Le directeur ou la personne désignée peut autoriser l'usage d'un téléphone relié au réseau téléphonique du gouvernement dans des situations d'urgence telle une maladie grave ou le décès d'un membre de la famille, ou dans toute autre circonstance spéciale.

Annex B of Commissioner's Directive 085 states in part:

L'annexe B de la Directive du commissaire n° 085 est notamment libellée ainsi qu'il suit:

2. Institutional Standing Orders shall set out the following:
- a. procedures for assignment of Personal Identification Number (PIN) to each offender;

2. Les ordres permanents de l'établissement doivent préciser:
- a. une procédure pour l'attribution d'un numéro d'identification personnelle (NIP) à chaque délinquant;

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> b. procedures for establishing or amending an inmate's authorized call list (Call Allow List)—normally, this should be processed within 15 working days of the inmate's written request; c. information to be provided on the authorized call list which information shall include the address and name and relationship to the inmate; d. procedures for establishing, posting, and amending the Common Access Telephone List of up to a maximum of 35 telephone numbers; e. procedures for determining the time periods, during the week and weekend, that the inmate telephone system will be activated; f. procedures for the activation of the Call Duration Feature when there is a high demand for use of telephones so as to ensure equitable access; g. requirement that inmate telephones be positioned to permit line-of-site supervision by staff; h. procedure to ensure the confidentiality of private information provided by the inmates on their application to have a telephone number inserted on the authorized call list; i. procedures to ensure that the terminals associated with the inmate telephone system are held in a secure area; j. procedures to ensure that information derived from the inmate telephone system is accessed only on a need to know basis; and k. provision of access to a maximum of 40 telephone numbers on the authorized call list. | <ul style="list-style-type: none"> b. une procédure pour l'établissement ou la modification d'une liste d'appels autorisés pour un détenu—ce qui devrait normalement être fait dans les 15 jours ouvrables qui suivent la demande écrite du détenu; c. les renseignements à fournir sur la liste des appels autorisés. Ces renseignements doivent comprendre l'adresse, le nom et la relation avec le détenu; d. une procédure pour l'établissement, l'affichage ou la modification d'une liste commune d'accès à des numéros de téléphone jusqu'à concurrence de 35 numéros; e. une procédure pour déterminer les périodes, en semaine et pendant les fins de semaine, où le système téléphonique destiné aux détenus sera en activité; f. une procédure pour la mise en marche de l'option Durée des appels lorsque la demande est forte afin d'assurer un accès équitable; g. l'obligation de placer les téléphones pour les détenus de façon à permettre une vue directe par le personnel chargé de la surveillance; h. une procédure pour assurer la confidentialité des informations à caractère privé fournies par les détenus dans leur demande pour faire ajouter un numéro à la liste des appels autorisés; i. une procédure pour que les terminaux liés au système téléphonique pour les détenus soient conservés dans un lieu sûr; j. une procédure pour que l'information provenant du système ne puisse être consultée que selon le principe de l'accès sélectif; k. la possibilité d'accès à un maximum de 40 numéros de téléphone inscrits sur la liste de numéros autorisés. |
|--|---|

9 The new, more secure telephone system has a twofold objective. It is intended to encourage inmates to maintain and develop family and community relations. It is also expected to limit the use of telephone communications by inmates in the commission of prohibited activities. Telephone access has been used to intimidate and harass recipients of the calls and to arrange for criminal activity within the penitentiaries, including the introduction of drugs and weapons.

9 Le nouveau système téléphonique plus sûr a un double objectif. D'une part, il vise à encourager les détenus à établir et à entretenir des liens avec des membres de leur famille et de la collectivité. D'autre part, il est censé limiter l'utilisation des communications téléphoniques par les détenus à des fins illicites. En effet, l'accès aux appareils téléphoniques a servi à intimider et à harceler des destinataires des appels, et à organiser des activités criminelles dans les pénitenciers, notamment l'introduction de drogues et d'armes.

- 10 Certain features will facilitate inmate calls. A debit card system will mean that inmates need no longer rely on the more expensive collect calls. A centralized computer system will assure inmates uninterrupted access to the telephone system upon transfer from one institution to another. Other features will enable the service staff to identify readily inmates making improper use of the telephone facilities. Each inmate will be assigned a personal identification number to implement these features.
- Certains attributs du nouveau système faciliteront l'établissement de communications téléphoniques par les détenus. Ceux-ci pourront utiliser une carte de débit qui leur évitera de faire des appels à frais virés, qui sont plus onéreux. Un système informatique centralisé assurera aux détenus transférés dans un autre établissement un accès ininterrompu au système téléphonique. D'autres attributs permettront au personnel du Service d'identifier aisément les détenus qui utilisent les installations téléphoniques dans un but malhonnête. Un numéro d'identification personnelle sera attribué à chaque détenu en vue de la mise en service de ces attributs.
- 11 Many of the concerns the inmates originally held about the new telephone system turned out to be misapprehensions. Concerns with respect to restrictions on long distance calls, the privacy of the personal information of intended recipients of the calls and limitations on the duration of the calls were substantially alleviated shortly after the introduction of the new system in Ontario. The latest version of Commissioner's Directive 085 addressed some of these concerns and removed, at least for now, the prohibition against three-party conference calls. There remain, however, the three features of the new telephone system to which the applicants continue to object: (a) the authorized call list; (b) the voice-over; and (c) the monitoring of inmate communications.
- Bon nombre des craintes initialement exprimées par les détenus au sujet du nouveau système téléphonique se sont révélées sans fondement. Les craintes relatives aux restrictions apportées aux interurbains, à la protection des renseignements personnels des destinataires des appels et à la limitation de la durée des appels ont été en grande partie dissipées peu après l'installation du nouveau système en Ontario. Dans la plus récente version de la Directive du commissaire n° 085, le commissaire a pris des mesures à l'égard de quelques-unes de ces craintes et a levé, du moins pour l'instant, l'interdiction frappant les conférences à trois. Les requérants continuent toutefois de s'opposer à trois attributs du nouveau système téléphonique: a) la liste d'appels autorisés, b) le message surimposé, et c) la surveillance de l'utilisation du système téléphonique au moyen du relevé des appels.
- (a) The Authorized Call List
- a) La liste d'appels autorisés
- 12 The authorized call list has been implemented in the institutions represented in this application. The inmates are technologically prevented from calling any number which has not been previously authorized by the institutional head or designate.
- La liste d'appels autorisés a été mise en place dans les établissements représentés par les requérants en l'espèce. Les détenus sont techniquement dans l'impossibilité de composer un numéro qui n'a pas été préalablement autorisé par le directeur du pénitencier ou la personne désignée.
- 13 There are two types of telephone lists. Each inmate is permitted a personal list of up to forty telephone numbers for intended calls (the authorized call list). The inmate is required to provide the telephone number which is to be called, the name and address of the person to whom the telephone
- Il existe deux sortes de listes téléphoniques. On permet à chaque détenu d'inscrire sur une liste personnelle au plus quarante numéros de téléphone pour les appels prévus (la liste d'appels autorisés). Le détenu doit fournir le numéro de téléphone à composer, le nom et l'adresse de la personne à laquelle

number belongs and the relationship between the inmate and that person. The second list is one of up to thirty-five common access telephone numbers which are available to all inmates of the particular institution (the common access list). Common access numbers could include those of legal aid clinics, crisis centres and other similar organizations of common interest to inmates.

appartient le numéro de téléphone, et le lien entre le détenu et cette personne. La deuxième liste est constituée d'au plus trente-cinq numéros de téléphone communs d'accès que peuvent composer tous les détenus d'un établissement donné (la liste commune d'accès). Les numéros communs d'accès sont notamment ceux de cliniques d'aide juridique, de centres de détresse et d'autres organismes semblables qui intéressent l'ensemble des détenus.

14 There is a third category of persons described as privileged correspondents which include the office and staff of parliamentarians and members of provincial legislatures, senior government officials responsible for correctional and parole services, official languages and information, privacy and human rights issues, ombudspersons, judges and legal counsel. Calls to these persons are permitted upon notice of not less than 24 hours, a requirement which can be waived.

Il existe une troisième catégorie de personnes, 14 appelées correspondants privilégiés, dont font partie les députés fédéraux et les membres des assemblées législatives provinciales, les hauts fonctionnaires responsables du Service correctionnel, des libérations conditionnelles, des langues officielles, de l'information, de la vie privée et des droits de la personne, les protecteurs du citoyen et les juges et les avocats, ainsi que leur personnel. Les appels à ces personnes sont autorisés sur présentation d'un avis minimum de vingt-quatre heures, mais cette condition peut être suspendue.

15 If a number is disallowed by the Service or blocked at the request of recipient, the inmate is promptly advised in writing of the reasons and provided with an opportunity to respond. Otherwise, access is provided immediately during any times when the telephones are available if the numbers are included on the common access or authorized call lists. Changes or additions to an inmate's authorized call list should be processed within fifteen working days following a written request. Paragraph 25 of the Directive provides for emergency calls through government lines, a process which is independent from the new telephone network.

Si un numéro est refusé par le Service ou bloqué 15 à la demande du destinataire, le détenu est promptement informé par écrit des motifs et se voit accorder la possibilité de présenter des observations. Autrement, l'accès est instantané en tout temps lorsque les appareils téléphoniques sont accessibles si les numéros sont inscrits sur la liste commune d'accès ou sur la liste d'appels autorisés. Les modifications ou les adjonctions à la liste d'appels autorisés d'un détenu devraient être traitées dans les quinze jours ouvrables qui suivent la présentation d'une demande écrite. Pour les appels d'urgence, le paragraphe 25 de la Directive autorise l'utilisation d'un téléphone relié au réseau du gouvernement, qui est indépendant du nouveau réseau téléphonique.

(b) The Voice-Over

b) Le message surimposé

16 The proposed telephone system includes a voice-over message which will advise the recipients of an inmate call that: "This call is from a correctional institution. This call may be monitored or recorded." Although the frequency of the pre-recorded voice-over is not set out in the Directive, counsel for the

Le système téléphonique proposé comprend un 16 message surimposé qui avertira les destinataires des appels faits par les détenus que: «Cet appel provient d'un établissement correctionnel. Cet appel peut être écouté [sic] ou enregistré.» La Directive ne précise pas à quels intervalles le message surimposé enregis-

respondents stated that the message would be communicated at the beginning of the call and at 10-minute intervals thereafter. The details of the voice-over have yet to be completed. For example, counsel could not confirm whether, as one might expect, the message would be heard in both official languages. If so, its recital would double its length and be more intrusive.

tré à l'avance sera émis, mais l'avocat des intimés a indiqué que le message serait émis au début de l'appel et toutes les dix minutes par la suite. Il reste à mettre au point les détails du message surimposé. Ainsi, l'avocat n'a pu confirmer si, comme on pourrait s'y attendre, le message serait émis dans les deux langues officielles. Dans l'affirmative, son énoncé prendrait deux fois plus de temps et serait plus envahissant.

17 The implementation of the voice-over feature of the new telephone system was prohibited by an interlocutory injunction issued by Mr. Justice Denault on December 1, 1995 [*Hunter et al. v. Commissioner of Corrections (Can.) et al.* (1995), 104 F.T.R. 77 (F.C.T.D.)], a decision affirmed by the Court of Appeal on January 31, 1996 [(1996), 206 N.R. 294].

La mise en service du message surimposé du nouveau système téléphonique a été interdite par une injonction interlocutoire décernée par le juge Denault le 1^{er} décembre 1995 [*Hunter et al. c. Commissaire du Service correctionnel (Can.) et al.* (1995), 104 F.T.R. 77 (C.F. 1^{re} inst.)]. La Cour d'appel a confirmé cette décision le 31 janvier 1996 [(1996), 206 N.R. 294].

(c) The Monitoring of Communications

c) La surveillance de l'utilisation du système téléphonique au moyen du relevé des appels

18 A monitoring system records the telephone number of the person called, the time of the call and its duration. It does not involve or technologically facilitate intercepting or recording the contents of communications.

Le nouveau système téléphonique relève le numéro de téléphone du destinataire de l'appel, le moment auquel l'appel est fait et la durée de l'appel. Il ne permet ni ne facilite techniquement l'interception ou l'enregistrement du contenu des conversations.

19 The interception or recording of phone calls may take place in accordance with Commissioner's Directive 575 which pre-dates the new telephone system. Commissioner's Directive 575 implements section 94 of the Regulations and its validity is not challenged by the applicants in this proceeding.

L'interception ou l'enregistrement des appels téléphoniques peut être effectué en conformité avec la Directive du commissaire n° 575 qui est antérieure au nouveau système téléphonique. Cette Directive met en oeuvre l'article 94 du Règlement, et sa validité n'est pas contestée par les requérants dans le cadre de la présente affaire.

THE APPLICABLE STATUTORY AND REGULATORY PROVISIONS

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES APPLICABLES

20 It is important to understand the Service's legislative framework in assessing the legal challenge against the new telephone system. The relevant provisions of the Act are as follows:

Il est important de comprendre le cadre législatif qui régit le Service pour évaluer la contestation juridique dont fait l'objet le nouveau système téléphonique. Les dispositions pertinentes de la Loi sont les suivantes:

3. The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

3. Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

4. The principles that shall guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are

(a) that the protection of society be the paramount consideration in the corrections process;

...

(d) that the Service use the least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders;

(e) that offenders retain the rights and privileges of all members of society, except those rights and privileges that are necessarily removed or restricted as a consequence of the sentence;

...

5. There shall continue to be a correctional service in and for Canada, to be known as the Correctional Service of Canada, which shall be responsible for

(a) the care and custody of inmates;

(b) the provision of programs that contribute to the rehabilitation of offenders and to their successful reintegration into the community;

(c) the preparation of inmates for release;

...

70. The Service shall take all reasonable steps to ensure that penitentiaries, the penitentiary environment, the living and working conditions of inmates and the working conditions of staff members are safe, healthful and free of practices that undermine a person's sense of personal dignity.

71. (1) In order to promote relationships between inmates and the community, an inmate is entitled to have reasonable contact, including visits and correspondence, with family, friends and other persons from outside the

mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

4. Le Service est guidé, dans l'exécution de ce mandat, par les principes qui suivent:

a) la protection de la société est le critère prépondérant lors de l'application du processus correctionnel;

...

d) les mesures nécessaires à la protection du public, des agents et des délinquants doivent être le moins restrictives possible;

e) le délinquant continue à jouir des droits et privilèges reconnus à tout citoyen, sauf de ceux dont la suppression ou restriction est une conséquence nécessaire de la peine qui lui est infligée.

...

5. Est maintenu le Service correctionnel du Canada, auquel incombent les tâches suivantes:

a) la prise en charge et la garde des détenus;

b) la mise sur pied de programmes contribuant à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale;

c) la préparation des détenus à leur libération;

...

70. Le Service prend toutes mesures utiles pour que le milieu de vie et de travail des détenus et les conditions de travail des agents soient sains, sécuritaires et exempts de pratiques portant atteinte à la dignité humaine chez l'individu.

71. (1) Dans les limites raisonnables fixées par règlement pour assurer la sécurité de quiconque ou du pénitencier, le Service reconnaît à chaque détenu le droit, afin de favoriser ses rapports avec la collectivité, d'entretenir,

penitentiary, subject to such reasonable limits as are prescribed for protecting the security of the penitentiary or the safety of persons.

(2) At each penitentiary, a conspicuous notice shall be posted at the visitor control point, listing the items that a visitor may have in possession beyond the visitor control point.

(3) Where a visitor has in possession, beyond the visitor control point, an item not listed on the notice mentioned in subsection (2) without having previously obtained the permission of a staff member, a staff member may terminate or restrict the visit.

...

74. The Service shall provide inmates with the opportunity to contribute to decisions of the Service affecting the inmate population as a whole, or affecting a group within the inmate population, except decisions relating to security matters.

...

97. Subject to this Part and the regulations, the Commissioner may make rules

- (a) for the management of the Service;
- (b) for the matters described in section 4; and
- (c) generally for carrying out the purposes and provisions of this Part and the regulations.

98. (1) The Commissioner may designate as Commissioner's Directives any or all rules made under section 97.

The relevant sections of the Regulations are:

94. (1) Subject to subsection (2), the institutional head or a staff member designated by the institutional head may authorize, in writing, that communications between an inmate and a member of the public, including letters, telephone conversations and communications in the course of a visit, be opened, read, listened to or otherwise intercepted by a staff member or a mechanical device, where the institutional head or staff member believes on reasonable grounds

- (a) that the communications contain or will contain evidence of
 - (i) an act that would jeopardize the security of the penitentiary or the safety of any person, or
 - (ii) a criminal offence or a plan to commit a criminal offence; and

dans la mesure du possible, des relations, notamment par des visites ou de la correspondance, avec sa famille, ses amis ou d'autres personnes de l'extérieur du pénitencier.

(2) Dans chaque pénitencier, un avis donnant la liste des objets que les visiteurs peuvent garder avec eux au-delà du poste de vérification doit être placé bien en vue à ce poste.

(3) L'agent peut mettre fin à une visite ou la restreindre lorsque le visiteur est en possession, sans son autorisation ou celle d'un autre agent, d'un objet ne figurant pas dans la liste.

...

74. Le Service doit permettre aux détenus de participer à ses décisions concernant tout ou partie de la population carcérale, sauf pour les questions de sécurité.

...

97. Sous réserve de la présente partie et de ses règlements, le commissaire peut établir des règles concernant:

- a) la gestion du Service;
- b) les questions énumérées à l'article 4;
- c) toute autre mesure d'application de cette partie et des règlements.

98. (1) Les règles établies en application de l'article 97 peuvent faire l'objet de directives du commissaire.

Les dispositions pertinentes du Règlement sont les suivantes:

94. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le directeur du pénitencier ou l'agent désigné par lui peut autoriser par écrit que des communications entre le détenu et un membre du public soient interceptées de quelque manière que ce soit par un agent ou avec un moyen technique, notamment que des lettres soient ouvertes et lues et que des conversations faites par téléphone ou pendant les visites soient écoutées, lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire:

- a) d'une part, que la communication contient ou contiendra des éléments de preuve relatifs:
 - (i) soit à un acte qui compromettrait la sécurité du pénitencier ou de quiconque,
 - (ii) soit à une infraction criminelle ou à un plan en vue de commettre un infraction criminelle;

(b) that interception of the communications is the least restrictive measure available in the circumstances.

(2) No institutional head or staff member designated by the institutional head shall authorize the opening of, reading of, listening to or otherwise intercepting of communications between an inmate and a person set out in the schedule, by a staff member or a mechanical device, unless the institutional head or staff member believes on reasonable grounds

(a) that the grounds referred to in subsection (1) exist; and

(b) that the communications are not or will not be the subject of a privilege.

(3) Where a communication is intercepted under subsection (1) or (2), the institutional head or staff member designated by the institutional head shall promptly inform the inmate, in writing, of the reasons for the interception and shall give the inmate an opportunity to make representations with respect thereto, unless the information would adversely affect an ongoing investigation, in which case the inmate shall be informed of the reasons and given an opportunity to make representations with respect thereto on completion of the investigation.

95. (1) The institutional head or a staff member designated by the institutional head may prevent an inmate from communicating with a person by mail or telephone if

(a) the institutional head or staff member believes on reasonable grounds that the safety of any person would be jeopardized; or

(b) the intended recipient of the communication, or the parent or guardian of the intended recipient where the intended recipient is a minor, submits a request in writing to the institutional head or staff member that the intended recipient not receive any communication from the inmate.

(2) Where an inmate is prevented under subsection (1) from communicating with a person, the institutional head or staff member designated by the institutional head, as the case may be, shall promptly inform the inmate, in writing, of the reasons and shall give the inmate an opportunity to make representations with respect thereto.

21 The six legal issues raised in this proceeding will now be considered in turn.

PARAGRAPH 2(b)

22 Freedom of expression is one of the fundamental guarantees provided by the Charter. Paragraph 2(b) states:

b) d'autre part, que l'interception des communications est la solution la moins restrictive dans les circonstances.

(2) Ni le directeur du pénitencier ni l'agent désigné par lui ne peuvent autoriser l'interception de communications entre le détenu et une personne désignée à l'annexe par un agent ou par un moyen technique, notamment l'ouverture, la lecture ou l'écoute, à moins qu'ils n'aient des motifs raisonnables de croire:

a) d'une part, que les motifs mentionnés au paragraphe (1) existent;

b) d'autre part, que les communications n'ont pas ou n'auront pas un caractère privilégié.

(3) Lorsqu'une communication est interceptée en application des paragraphes (1) ou (2), le directeur du pénitencier ou l'agent désigné par lui doit aviser le détenu, promptement et par écrit, des motifs de cette mesure et lui donner la possibilité de présenter ses observations à ce sujet, à moins que cet avis ne risque de nuire à une enquête en cours, auquel cas l'avis au détenu et la possibilité de présenter ses observations doivent être donnés à la conclusion de l'enquête.

95. (1) Le directeur du pénitencier ou l'agent désigné par lui peut empêcher le détenu de communiquer, par lettre ou par téléphone, avec quiconque lorsque, selon le cas:

a) il a des motifs raisonnables de croire que la sécurité de quiconque serait menacée;

b) le destinataire, ou le père, la mère ou le tuteur du destinataire, si celui-ci est mineur, en fait la demande par écrit au directeur du pénitencier ou à l'agent désigné par lui.

(2) Lorsque le directeur du pénitencier ou l'agent désigné par lui empêche le détenu de communiquer avec une personne en application du paragraphe (1), il doit aviser le détenu des motifs de cette mesure, promptement et par écrit, et lui donner la possibilité de présenter ses observations à ce sujet.

Les six questions juridiques qui sont soulevées en l'espèce seront maintenant examinées à tour de rôle. 21

ALINÉA 2b)

La liberté d'expression est l'une des garanties fondamentales prévues par la Charte. L'alinéa 2b) dispose: 22

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The courts have established that freedom of expression is an expansive guarantee, protecting most conduct which attempts to convey meaning. The framework for analysis under this section provides for a broad test.

23 The test was laid out in two steps in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. The court first inquires whether the activity of the person claiming the guarantee is within the sphere of conduct protected by freedom of expression. If the activity is found to be protected, the court then determines whether the purpose or effect of the government action in question is to restrict freedom of expression. An attempt by government to restrict the conveyance of a meaning will necessarily infringe paragraph 2(b). If the government activity does not bear the purpose of restricting freedom of expression, but the activity nonetheless curtails expression, the onus falls to the individual to demonstrate that the meaning sought to be conveyed relates to values underlying freedom of expression, such as the pursuit of truth, participation in the community, individual self-fulfilment and human flourishing.

24 Counsel for the respondents submits that the expansive approach is inappropriate where the infringement is alleged in the context of the applicants' incarceration in a federal penitentiary. Within the context of a federal institution, it is argued, the restrictions imposed by the new telephone system do not contravene the applicants' freedom of expression except as a necessary consequence of the sentence. The respondents suggest that incarceration necessarily involves routine and daily limitations on Charter rights and freedoms. For the respondents, these limitations are envisaged by sections 3, 4 and 5 of the Act. Counsel provided no decision in which an inmate's freedom of expression was attenuated in its

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

...

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Les tribunaux ont déclaré que la liberté d'expression est une garantie large qui protège la plupart des conduites qui tentent de communiquer une pensée. Le cadre pour l'analyse fondée sur cette disposition prévoit l'application d'un critère large.

Ce critère a été exposé dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et comporte deux volets. Le tribunal s'enquiert d'abord si l'activité de la personne qui revendique la garantie relève du champ des activités protégées par la liberté d'expression. Si l'activité relève du champ des activités protégées, le tribunal détermine ensuite si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause est de restreindre la liberté d'expression. Une tentative du gouvernement pour restreindre la communication d'une pensée portera inévitablement atteinte à l'alinéa 2b). Si l'action gouvernementale ne vise pas à restreindre la liberté d'expression, mais la réduit quand même, c'est à cette personne qu'il incombe de prouver que la pensée qu'elle a voulu communiquer se rapporte aux valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression, comme la recherche de la vérité, la participation au sein de la société, et l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

L'avocat des intimés prétend que la conception large de la garantie ne convient pas lorsque l'atteinte présumée s'inscrit dans le contexte de l'incarcération des requérants dans un pénitencier fédéral. Il affirme que, s'agissant d'un établissement fédéral, les restrictions imposées par le nouveau système téléphonique ne portent pas atteinte à la liberté d'expression des requérants, sauf en tant que conséquence nécessaire de la sentence. Les intimés sont d'avis qu'une incarceration s'accompagne inévitablement d'une restriction systématique et quotidienne des droits et libertés garantis par la Charte. Selon les intimés, ces restrictions sont prévues aux articles 3, 4 et 5 de la Loi. Les avocats n'ont invoqué aucune décision dans

paragraph 2(b) analysis as a consequence of being incarcerated.

laquelle la liberté d'expression d'un détenu a été affaiblie dans son analyse fondée sur l'alinéa 2b) par suite d'une incarcération.

- 25 The consideration of the context of a penitentiary to determine whether there is a breach of freedom of expression would have the effect of narrowing the accepted approach under paragraph 2(b). Such a narrowing of the expansive approach runs contrary to decisions of the Supreme Court that context is not to be considered under paragraph 2(b) but rather under section 1 of the Charter. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, Chief Justice Dickson stated, at pages 733-734:

Suffice it to say that I agree with the general approach of Wilson J. in *Edmonton Journal*, [[1989] 2 S.C.R. 1326], where she speaks of the danger of balancing competing values without the benefit of a context. This approach does not logically preclude the presence of balancing within s. 2(b)—one could avoid the dangers of an overly abstract analysis simply by making sure that the circumstances surrounding both the use of the freedom and the legislative limit were carefully considered. I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1.

La prise en considération du contexte d'un pénitencier pour déterminer s'il y a atteinte à la liberté d'expression aurait pour effet de restreindre la conception acceptée en vertu de l'alinéa 2b). Pareil rétrécissement de la conception large va à l'encontre des décisions de la Cour suprême selon lesquelles le contexte ne doit pas être évalué sous le régime de l'alinéa 2b), mais bien sous le régime de l'article premier de la Charte. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson a déclaré, à la page 734:

Qu'il suffise de dire que j'approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* [[1989] 2 R.C.S. 1326], où elle parle du danger qu'il y a à soupeser des valeurs concurrentes sans l'avantage d'un contexte. Cette approche n'exclut pas logiquement la possibilité de procéder à une telle évaluation sous le régime de l'al. 2b)—on pourrait en effet éviter les dangers d'une analyse excessivement abstraite en s'assurant simplement que soient soumises à un examen minutieux les circonstances de l'usage de la liberté en question et de la restriction législative. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayaient cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier.

- 26 In *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, the Supreme Court confirmed the broad approach in assessing the freedom of expression. In considering racist and discriminatory comments made publicly against Jews, Mr. Justice La Forest reiterated the principles adopted in *Irwin Toy Ltd.* when he stated, at page 864:

Section 2(b) must be given a broad, purposive interpretation; see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. The purpose of the guarantee is to permit free expression in order to promote truth, political

Dans l'arrêt *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, la Cour suprême a confirmé l'adoption de la conception large pour évaluer la liberté d'expression. Dans le cadre de l'examen des observations racistes et discriminatoires faites publiquement contre des Juifs, le juge La Forest a réaffirmé les principes adoptés dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.* lorsqu'il a déclaré à la page 864:

Il faut donner à l'al. 2b) une interprétation large et fondée sur l'objet visé; voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. La garantie vise à permettre la libre expression afin de promouvoir la

25

26

and social participation, and self-fulfilment; . . . As Cory J. put it in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336, “[i]t is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society”; as such, freedom of expression should only be restricted in the clearest of circumstances.

Apart from those rare cases where expression is communicated in a physically violent manner, this Court has held that so long as an activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee of freedom of expression; see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 969. The scope of constitutional protection of expression is, therefore, very broad. It is not restricted to views shared or accepted by the majority, nor to truthful opinions. Rather, freedom of expression serves to protect the right of the minority to express its view, however unpopular such views may be;

vérité, la participation politique et sociale, ainsi que l’accomplissement de soi; . . . Comme l’affirme le juge Cory dans l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336, «[i] est difficile d’imaginer une liberté garantie qui soit plus importante . . . dans une société démocratique»; c’est pourquoi la liberté d’expression ne devrait être restreinte que dans les cas les plus clairs.

Sauf en ce qui concerne les rares cas où on a recours à la violence physique pour s’exprimer, notre Cour a statué que dans la mesure où une activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie; voir l’arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 969. La protection constitutionnelle de l’expression a donc une portée très large. Elle n’est restreinte ni aux opinions partagées ou acceptées par la majorité, ni aux opinions conformes à la vérité. La liberté d’expression sert au contraire à protéger le droit de la minorité d’exprimer son opinion, quelque impopulaire qu’elle puisse être;

27 Mr. Justice La Forest repeated this theme in *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, where he stated at page 898: “a broad interpretation of the right in question followed by a balancing of the relevant conflicting values under s. 1, is analytically preferable since it allows for the most comprehensive and contextual judicial review under the Charter.”

Le juge La Forest a repris ce thème dans l’arrêt 27 *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, dans lequel il a déclaré, à la page 898: «une interprétation large du droit en cause, suivie de la pondération, en vertu de l’article premier, des valeurs opposées pertinentes, est préférable sur le plan analytique parce qu’elle permet un contrôle judiciaire fondé sur la Charte qui soit des plus complets et qui tienne compte le plus possible du contexte.»

28 In the light of this constant jurisprudence, I cannot warrant any departure from the established framework for analysis under paragraph 2(b). The appropriate consideration to make in this case follows the test laid out in *Irwin Toy Ltd.* Accordingly, if a breach of the inmates’ freedom of expression under paragraph 2(b) is proved, the argument based on the carceral context is one to be considered under section 1.

Étant donné cette jurisprudence constante, je ne 28 saurais justifier une dérogation au cadre établi pour l’analyse fondée sur l’alinéa 2b). L’examen à faire en l’espèce suit le critère énoncé dans l’arrêt *Irwin Toy Ltd.* Par conséquent, si une atteinte à la liberté d’expression garantie aux détenus par l’alinéa 2b) est prouvée, l’argument fondé sur le contexte carcéral doit être examiné sous le régime de l’article premier.

29 The applicants submit that the authorized call list will prevent them from communicating with whom-ever they wish. They may only call numbers on their calling list or the common access list. The respondents reiterate their contextual argument and add that the maximum of forty numbers for each call list is required by the system’s technology and the need to accommodate all inmates. In any event,

Les requérants prétendent que la liste d’appels 29 autorisés les empêchera de communiquer avec les personnes de leur choix. Ils peuvent uniquement composer les numéros qui apparaissent sur leur liste personnelle ou sur la liste commune d’accès. Les intimés invoquent à nouveau l’argument fondé sur le contexte et ajoutent que chaque liste personnelle est limitée à quarante numéros à cause de la technologie

the respondents rely on a pilot project where inmates on average submitted substantially less than forty numbers. In addition, numbers can be added or replaced on request within less than fifteen days.

du système et de la nécessité de satisfaire tous les détenus. De toute façon, les intimés s'appuient sur un projet-pilote dans le cadre duquel les numéros de téléphones présentés par les détenus étaient, en moyenne, sensiblement inférieurs à quarante. De plus, il est possible d'ajouter ou de remplacer des numéros sur demande en moins de quinze jours.

30 These submissions would be relevant if the paragraph 2(b) analysis was to be made in the context of a penitentiary. The consistent decisions of the Supreme Court of Canada dictate otherwise. The very design of the authorized call list feature is to restrict the applicants from making telephone calls to whomever they choose. None can be made without the prior authorization of the institution. This, in my view, is *prima facie* a limit on freedom of expression for inmates in the same way as it would be for any other person. As was stated in *Irwin Toy Ltd.*, *supra*, at page 974: "If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits the guarantee." For these reasons, I conclude that the authorized call list feature is a breach of the applicants' rights pursuant to paragraph 2(b) and can only be justified by the respondents under section 1 of the Charter.

Ces arguments seraient pertinents si l'analyse 30 fondée sur l'alinéa 2b) devait être faite dans le contexte d'un pénitencier. Les décisions constantes de la Cour suprême du Canada prescrivent le contraire. La liste d'appels autorisés a été précisément conçue pour empêcher les requérants de téléphoner à n'importe qui. Aucun appel ne peut être fait sans l'autorisation préalable de l'établissement. Selon moi, il s'agit à première vue d'une restriction imposée à la liberté d'expression des détenus comme il s'agirait d'une restriction imposée à la liberté d'expression de n'importe quelle autre personne. Comme la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.*, précité, à la page 974: «Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie.» Pour ces raisons, je conclus que la liste d'appels autorisés constitue une atteinte aux droits que l'alinéa 2b) garantit aux requérants et peut uniquement être justifiée par les intimés aux termes de l'article premier de la Charte.

31 Similarly, the applicants submit that the voice-over feature is a limit on their freedom to communicate with family and members of the community. Communications by the inmates with members of the public fall within the sphere of protected expression. The issue is whether the Service, in desiring to implement the voice-over feature, has as its purpose the restriction of the applicant's ability to convey meanings or otherwise has the effect of curtailing their freedom of expression.

De même, les requérants soutiennent que le mes- 31 sage surimposé apporte une restriction à leur liberté de communiquer avec des membres de leur famille et de la collectivité. Les communications entre les détenus et des membres du public font partie du champ des formes d'expression protégées. La question est de savoir si le désir du Service d'émettre le message surimposé vise à restreindre la capacité des requérants de transmettre des messages ou encore a pour effet de réduire leur liberté d'expression.

32 The courts have interpreted "freedom" in such a way as to include the freedom from being forced to express oneself, or to express oneself in a particular manner. In *Slaight Communications Inc. v.*

Les tribunaux ont interprété le mot «liberté» de 32 façon à ce qu'il comprenne la liberté de ne pas être forcé de s'exprimer ou la liberté de s'exprimer d'une manière particulière. Dans l'arrêt *Slaight Communi-*

Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038, an adjudicator issued an order requiring an employer who had unjustly dismissed an employee to provide a letter of recommendation in accordance with certain stipulations. The Supreme Court held that the order was a breach of paragraph 2(b). Mr. Justice Lamer (as he then was), writing with the majority on this issue, stated at page 1080: "freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things. Silence is in itself a form of expression which in some circumstances can express something more clearly than words can do." More recently, in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, where tobacco manufacturers challenged the constitutionality of legislation which compelled them to place a health message on tobacco packages, Mr. Justice La Forest stated at page 320: "if the effect of this provision is 'to put a particular message into the mouth of the plaintiff, as is metaphorically alleged to be the case here', the section runs afoul of s. 2(b) of the *Charter*." The analogy between the government's imposed message on cigarette packages and its imposition of the voice-over statements in this case is striking.

cations Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038, un arbitre a rendu une ordonnance enjoignant à un employeur qui avait injustement congédié un employé de fournir une lettre de recommandation conformément à certaines stipulations. La Cour suprême a statué que l'ordonnance contrevenait à l'alinéa 2b). Le juge Lamer (alors juge puîné), qui a prononcé les motifs de la majorité sur ce point, a déclaré à la page 1080: «la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses. Le silence en soi est une forme d'expression qui peut, dans certaines circonstances, exprimer quelque chose plus clairement que des mots ne pourraient le faire.» Plus récemment, dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, qui concerne la contestation de la constitutionnalité de dispositions qui obligeaient les fabricants de produits du tabac à apposer un message relatif à la santé sur les emballages de produits du tabac, le juge La Forest a déclaré à la page 320: «si l'effet de cette disposition est "de faire dire des choses particulières au demandeur, pour formuler métaphoriquement l'allégation faite en l'espèce", l'article est contraire à l'al. 2b) de la *Charte*.» L'analogie entre le message dont le gouvernement rendait l'inscription obligatoire sur les paquets de cigarettes et le message surimposé litigieux en l'espèce est frappante.

33 For the respondents, one objective or rationale in the voice-over message is to advise recipients that the call originates from a penitentiary. The respondents compare this voice-over to the "Vista" feature available in the private sector. The message addresses the issue of inmates misrepresenting themselves in calls to the public. The other principal objective is to provide fair notice that the same degree of privacy cannot be expected in the communication. Section 94 of the Regulations allows for the recording of inmate conversations without judicial authorization if the institutional head or designate has reasonable grounds to believe that the communication will contain evidence of criminal acts or threats to the security of any person.

Selon les intimés, un objectif ou une justification du message surimposé est d'avertir les destinataires que l'appel provient d'un pénitencier. Les intimés comparent ce message surimposé au dispositif «Vista» qui est offert dans le secteur privé. Le message résout le problème des détenus qui font de fausses déclarations aux membres du public auxquels ils téléphonent. L'autre grand objectif est d'avertir suffisamment les destinataires des appels qu'ils ne peuvent pas s'attendre au même degré de protection de la vie privée pendant la communication. L'article 94 du Règlement permet l'enregistrement des conversations des détenus sans autorisation judiciaire si le directeur du pénitencier ou la personne désignée a des motifs raisonnables de croire que la communication contiendra des éléments de preuve relatifs à des infractions criminelles ou à des menaces à la sécurité de quiconque.

34 To achieve these objectives, the voice-over message is played at the outset and at intervals during the telephone conversation. The message is involuntary both in terms of its intermittent presence and its content. The applicants cannot alter the content the message conveys nor its imposition during their communications. In my view, in attempting to achieve their objectives, the respondents intend to restrict the applicants' ability to convey their own message free of additional meanings interposed by the voice-over. On the basis that the voice-over feature is forced expression, in the same sense as in *Slaight Communications Inc.*, *supra*, and *RJR-MacDonald Inc.*, *supra*, I am satisfied that it is a limit on the applicant's freedom of expression and constitutes a breach of paragraph 2(b).

35 If I were wrong in concluding that the purpose of the respondents was to restrict the applicants' freedom of expression through the authorized call list and the voice-over, I am satisfied that these features have the effect of limiting the applicants' ability to communicate. The burden rests on the applicants to prove such an effect occurs. In my view, it is sufficient for the applicants to have shown that they are restricted by the two lists as to whom they may call and that their conversations are interrupted at intervals by the involuntary message of the voice-over. Moreover, the applicants have established these effects with sufficient reference to the principles and values underlying the freedom: the maintenance of their family relationships and friendships in the community, which are firmly linked with individual self-fulfilment and human flourishing.

SECTION 8

36 Section 8 of the Charter guarantees individuals security against unreasonable search and seizure. Put differently, section 8 protects one's entitlement to a reasonable expectation of privacy from government intrusion. In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Mr. Justice Dickson, as he then was, discussed the section 8 guarantee in terms of one's right to privacy (at pages 159-160):

Pour réaliser ces objectifs, le système émet un message surimposé au début de la conversation téléphonique, puis à intervalles périodiques. Le message est involontaire en ce qui concerne tant sa présence intermittente que son contenu. Les requérants ne peuvent pas modifier le contenu du message ni sa présentation pendant qu'ils parlent au téléphone. Selon moi, pour tenter de réaliser leurs objectifs, les intimés avaient l'intention de restreindre la capacité des requérants de communiquer leur propre pensée sans messages supplémentaires imposés par le système. Compte tenu du fait que le message surimposé est une expression forcée au sens où on l'entend dans les arrêts *Slaight Communications Inc.* et *RJR-MacDonald Inc.*, précités, je suis persuadé qu'il restreint la liberté d'expression des requérants et contrevient à l'alinéa 2b). 34

Si j'avais tort de conclure que l'objectif des intimés était de restreindre la liberté d'expression des requérants au moyen de la liste d'appels autorisés et du message surimposé, je suis convaincu que ces attributs ont pour effet de limiter la capacité des requérants de communiquer. C'est aux requérants qu'il incombe de prouver l'existence d'un tel effet. À mon avis, il est suffisant que les requérants aient démontré que les deux listes les empêchent de téléphoner aux personnes de leur choix et que le message surimposé involontaire interrompt périodiquement leurs conversations téléphoniques. De plus, les requérants ont démontré l'existence de ces effets en se référant suffisamment aux principes et aux valeurs qui sous-tendent cette liberté: le maintien de leurs liens familiaux et de leurs amitiés dans la collectivité, qui sont fermement liés à l'épanouissement et à l'enrichissement personnels. 35

ARTICLE 8

L'article 8 de la Charte garantit à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. En d'autres termes, l'article 8 garantit le droit d'une personne d'être protégée contre les atteintes gouvernementales aux attentes raisonnables en matière de vie privée. Dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson (alors juge puîné) a analysé la 36

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

garantie prévue à l’article 8 dans le contexte du droit à la vie privée d’un individu (aux pages 159 et 160):

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

37 In this case, the applicants argue that the respondents will obtain personal information from the authorized call list and from their ability to monitor the number or place being called, the time of the call and its duration. In the view of the applicants, the collection of this personal information constitutes an unwarranted deprivation of their entitlement to a reasonable expectation of privacy and, accordingly, an unreasonable search and seizure in violation of section 8 of the Charter.

En l’espèce, les requérants soutiennent que les intimés obtiendront des renseignements personnels grâce à la liste d’appels autorisés et à la capacité du nouveau système téléphonique de relever le numéro composé, l’endroit où le détenu téléphone, le moment de l’appel et sa durée. Selon les requérants, la collecte de ces renseignements personnels constitue une atteinte injustifiée à leur droit à une expectative raisonnable en matière de vie privée et, par conséquent, une fouille, une perquisition et une saisie abusives au sens de l’article 8 de la Charte.

38 The applicants rely predominantly on the case of *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55 (T.D.), where my colleague Mr. Justice MacKay concluded that the regulatory requirement for inmates to provide urine samples violated section 8. MacKay J. stated at page 89 that the process of providing a urine sample “does interfere with privacy expectations of an individual”.

Les requérants invoquent principalement l’affaire *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55 (1^{re} inst.), dans laquelle mon collègue le juge MacKay a conclu que la disposition réglementaire obligeant les détenus à fournir des échantillons d’urine contrevenait à l’article 8. Le juge MacKay a déclaré à la page 89 que la fourniture d’un échantillon d’urine «porte effectivement atteinte à [l]a vie privée [d’une personne]».

39 The decision in *Jackson, supra*, must now be read in light of the subsequent decision of the Supreme Court of Canada in *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, where Mr. Justice La Forest concluded on behalf of the Court that frisk searches of male inmates by female guards did not violate sections 7 and 8 of the Charter. In his words, at page 877:

La décision rendue dans l’affaire *Jackson*, précitée, doit maintenant être interprétée à la lumière de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue par la suite dans l’affaire *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872. Le juge La Forest a conclu au nom de la Cour que la fouille par palpation des hommes détenus effectuée par des gardiens de sexe féminin ne contrevenait pas aux articles 7 et 8 de la Charte. Il s’est exprimé en ces termes à la page 877:

Imprisonment necessarily entails surveillance, searching and scrutiny. A prison cell is expected to be exposed and to require observation. The frisk search, the count and the wind are all practices necessary in a penitentiary for the security of the institution, the public and indeed the prisoners themselves. A substantially reduced level of privacy is present in this setting and a prisoner thus cannot hold a reasonable expectation of privacy with respect to these practices. This conclusion is unaffected by the fact that the practices at times may be conducted by female guards. There being no reasonable expectation of privacy, s. 8 of the *Charter* is not called into play, nor is s. 7 implicated.

- 40 In *Fieldhouse v. Kent Institution* (1995), 98 C.C.C. (3d) 207 (B.C.C.A.), Gibbs J.A. relied on *Weatherall*, *supra*, and stated at page 213:

In my opinion, given the nature and extent of the [drug] problem, the appellants can no more have a reasonable expectation of privacy with respect to random selection urine sampling than they could have in [*Weatherall*] in relation to the frisk search, the count and the wind.

- 41 These decisions teach that an individual's reasonable expectation of privacy will necessarily be limited in a carceral setting. From the applicants' point of view, I am far from certain that the gathering of personal information from the authorized call list and the data which results from the monitoring of the telephone conversations constitutes a search. In any event, the collection of this information is no more intrusive than a frisk search conducted on male inmates by female guards or than their requirement to produce a urine sample. The applicants do not have a reasonable expectation of privacy concerning the information obtained from the implementation of a new telephone system. Even if the gathering of this information constitutes a search or a seizure, it is not one which is unreasonable within the meaning of section 8 on the evidence in this application. An individual charged with an offence on the basis of information obtained through the new telephone system might raise a section 8 defence but that is not the issue now before the Court.

L'emprisonnement implique nécessairement de la surveillance, des fouilles et des vérifications. On s'attend à ce que l'intérieur d'une cellule de prison soit visible et requière une surveillance. Dans un pénitencier, la fouille par palpation, le dénombrement et la ronde éclair sont tous des pratiques nécessaires pour assurer la sécurité de l'établissement, du public et, en fait, des détenus eux-mêmes. L'intimité dont jouit le détenu dans ce contexte est considérablement réduite et il ne peut donc s'attendre raisonnablement à ce que sa vie privée soit respectée dans le cadre de ces pratiques. Cela ne change rien que ce soient des gardiens du sexe féminin qui se livrent parfois à ces pratiques. Comme il n'y a aucune attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée, l'art. 8 de la *Charte* n'est pas mis en jeu, ni d'ailleurs l'art. 7.

- Dans l'arrêt *Fieldhouse v. Kent Institution* (1995), 98 C.C.C. (3d) 207 (C.A.C.-B.), le juge Gibbs, J.C.A., a invoqué l'arrêt *Weatherall*, précité, et a déclaré à la page 213:

[TRADUCTION] À mon avis, étant donné la nature et l'étendue du problème [de drogue], les appelants ne peuvent pas avoir d'attentes raisonnables en matière de vie privée en ce qui concerne la prise d'échantillons d'urine au hasard plus qu'ils ne pouvaient en avoir dans [*Weatherall*] relativement à la fouille par palpation, au dénombrement et à la ronde éclair.

- Ces décisions montrent que les attentes raisonnables en matière de vie privée d'une personne seront forcément limitées dans un milieu carcéral. Contrairement aux requérants, je suis loin d'être convaincu que la collecte de renseignements personnels provenant de la liste d'appels autorisés et que les données recueillies au moyen du relevé des appels faits par les détenus constituent une fouille ou une perquisition. De toute façon, la collecte de ces renseignements n'est pas plus envahissante qu'une fouille par palpation effectuée sur des détenus hommes par des gardiens de sexe féminin ou que l'obligation de fournir un échantillon d'urine. Les requérants n'ont aucune expectative raisonnable quant au respect du droit à la vie privée concernant les renseignements obtenus par suite de l'installation d'un nouveau système téléphonique. Même si la collecte de ces renseignements constitue une fouille, une perquisition ou une saisie, il ne s'agit pas d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie abusive au sens de l'article 8 d'après la preuve produite dans le cadre de la présente demande. Une personne accusée

42 I find, therefore, that the applicants do not have a reasonable expectation of privacy with respect to the monitoring and authorized call list features of the new telephone system. In the circumstances, they cannot be afforded the protection of section 8.

SECTION 7

43 Section 7 of the Charter provides the right to life, liberty and security of the person and the guarantee of fundamental justice. As with section 8, the right in section 7 is contextual and not an absolute one. Section 7 states:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

44 To succeed in evoking the protection of section 7, an individual must establish that there is a deprivation of the right to life, liberty, or security which constitutes a breach of a principle of fundamental justice. In determining whether there is a breach, the principles of fundamental justice must be interpreted in light of the context in which the individual raises the protection of section 7.

45 In *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459, the inmate sought a writ of *habeas corpus* in a proceeding which did not raise section 7. Mr. Justice Lamer, as he then was, considered unlawful deprivation of liberty in these terms (at page 464):

In the context of correctional law, there are three different deprivations of liberty: the initial deprivation of liberty, a substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty, and a continuation of the deprivation of liberty. In this case, as was pointed out in the

d'avoir commis une infraction sur la base de renseignements obtenus au moyen du nouveau système téléphonique peut invoquer un moyen de défense fondé sur l'article 8, mais ce n'est pas la question qui est soumise à la Cour en l'espèce.

Par conséquent, je conclus que les requérants n'ont aucune expectative raisonnable quant au respect du droit à la vie privée en ce qui concerne les attributs du nouveau système téléphonique que sont la surveillance de l'utilisation du nouveau système téléphonique au moyen du relevé des appels et la liste d'appels autorisés. Puisqu'il en est ainsi, ils ne peuvent obtenir la protection accordée par l'article 8.

ARTICLE 7

L'article 7 de la Charte garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et la justice fondamentale. Comme pour l'article 8, le droit garanti par l'article 7 n'est pas absolu, mais contextuel. L'article 7 dispose:

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

Pour être fondée à invoquer la protection accordée par l'article 7, une personne doit prouver l'existence d'une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité qui contrevient à un principe de justice fondamentale. Pour déterminer s'il y a atteinte, il faut interpréter les principes de justice fondamentale en fonction du contexte dans lequel la personne invoque la protection accordée par l'article 7.

Dans l'arrêt *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459, le détenu demandait la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* dans le cadre d'une procédure qui ne faisait pas intervenir l'article 7. Le juge Lamer (alors juge puîné) a fait les remarques suivantes sur la privation de liberté illégale (à la page 464):

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. En l'espèce,

lower courts, there was no challenge to the validity of the initial deprivation of liberty.

- 46 In *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, the inmate challenged a legislative change in the criteria for parole release as infringing his section 7 rights. Madam Justice McLachlin adopted the statements in *Dumas, supra*, concerning the requirement of “a substantial change in conditions” and confirmed that a change in prison conditions is not, in itself, contrary to any principle of fundamental justice. In her words, at pages 151 and 152-153:

It follows that qualification of a prisoner’s expectation of liberty does not necessarily bring the matter within the purview of s. 7 of the *Charter*. The qualification must be significant enough to warrant constitutional protection. To require that all changes to the manner in which a sentence is served be in accordance with the principles of fundamental justice would trivialize the protections under the *Charter*. To quote Lamer J. in *Dumas, supra*, at p. 464, there must be a “substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty”.

...

A change in the form in which a sentence is served, whether it be favourable or unfavourable to the prisoner, is not, in itself, contrary to any principle of fundamental justice. Indeed, our system of justice has always permitted correctional authorities to make appropriate changes in how a sentence is served, whether the changes relate to place, conditions, training facilities, or treatment. Many changes in the conditions under which sentences are served occur on an administrative basis in response to the prisoner’s immediate needs or behaviour. Other changes are more general. From time to time, for example, new approaches in correctional law are introduced by legislation or regulation. These initiatives change the manner in which some of the prisoners in the system serve their sentences.

- 47 The applicants submit that they suffer a deprivation of their right to liberty and security of the person. Their liberty interest, it is argued, confers their right to maintain strong family ties. The voice-over feature and authorized call list are said to have a harmful effect on effective communication with

comme l’ont souligné les tribunaux d’instance inférieure, la validité de la privation initiale de liberté n’a pas été contestée.

- Dans l’arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, le détenu contestait une modification législative apportée aux critères de mise en liberté conditionnelle au motif que cette modification portait atteinte aux droits que lui garantissait l’article 7. M^{me} le juge McLachlin a adopté les déclarations faites dans l’arrêt *Dumas*, précité, concernant la «modification importante des conditions» requise et a confirmé qu’une modification des conditions d’incarcération ne portait atteinte, en soi, à aucun principe de justice fondamentale. Elle a déclaré aux pages 151 à 153:

Il en découle que la restriction de l’attente d’un détenu en matière de liberté ne fait pas nécessairement intervenir l’application de l’art. 7 de la *Charte*. La restriction doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle. Exiger que toutes les modifications apportées à la manière dont une peine est purgée soient conformes aux principes de justice fondamentale aurait pour effet de banaliser les protections conférées par la *Charte*. Selon le juge Lamer dans l’arrêt *Dumas*, précité, à la p. 464, il doit y avoir une «modification importante des conditions d’incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté».

...

Une modification de la façon dont une peine est purgée, qu’elle soit favorable ou défavorable à l’endroit du détenu, n’est, en soi, contraire à aucun principe de justice fondamentale. En fait, notre système de justice a toujours permis aux autorités correctionnelles d’apporter des modifications appropriées à la manière dont une peine doit être purgée, en ce qui a trait au lieu, aux conditions, aux installations de formation ou au traitement. Un grand nombre de modifications des conditions dans lesquelles les peines sont purgées sont apportées de façon administrative pour répondre aux besoins immédiats ou au comportement du détenu. D’autres modifications sont d’ordre plus général. Par exemple, à l’occasion, une loi ou un règlement introduit de nouvelles méthodes en droit correctionnel. Ces initiatives modifient la manière dont certains détenus dans le système purgent leurs peines.

- Les requérants soutiennent qu’ils sont privés du droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Leur droit à la liberté leur conférerait le droit de maintenir des liens familiaux solides. Le message surimposé et la liste d’appels autorisés auraient un effet préjudiciable sur le maintien d’une communication efficace

family members. They emphasize the impact the voice-over feature may have on the younger children of inmates.

avec les membres de la famille. Les requérants insistent sur l'effet que le message surimposé peut avoir sur les jeunes enfants des détenus.

48 Under the right to security of the person, the applicants maintain that they will suffer stress and anxiety as a result of the new telephone system. They rely on the case of *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, in which the Supreme Court found that psychological trauma induced by the state was included in the protection of the right to security of the person.

S'agissant du droit à la sécurité de la personne, 48 les requérants soutiennent que le nouveau système téléphonique sera une source de tension et d'anxiété. Ils invoquent l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, dans lequel la Cour suprême a conclu que la protection du droit à la sécurité de la personne comprend le traumatisme psychologique causé par l'État.

49 The limited evidence of the applicants in this regard is speculative. In any event, in my view, the new telephone system does not represent "a substantial change" as set out in *Dumas, supra*, and *Cunningham, supra*. The arbitrary removal of all telephone privileges or a decision to record systematically all telephone communications would come closer to reflecting such a change. This is not the case here.

Les éléments de preuve limités produits par les 49 requérants à cet égard ont un caractère conjectural. De toute façon, je suis d'avis que le nouveau système téléphonique ne constitue pas une «modification importante» au sens des arrêts *Dumas* et *Cunningham*, précités. La suppression arbitraire de tous les privilèges téléphoniques ou la décision d'enregistrer systématiquement toutes les conversations téléphoniques s'apparenterait davantage à une telle modification. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

50 The finding that the applicants lack a reasonable expectation of privacy under section 8 is also indicative that they are on a weak footing to claim protection under section 7. To repeat what La Forest J. stated in *Weatherall, supra*, "[t]here being no reasonable expectation of privacy, s. 8 of the *Charter* is not called into play, nor is s. 7 implicated."

La conclusion que les requérants n'ont aucune 50 attente raisonnable en matière de vie privée au sens de l'article 8 montre également qu'ils sont mal placés pour revendiquer la protection conférée par l'article 7. Pour répéter ce que le juge La Forest a dit dans l'arrêt *Weatherall*, précité, «[c]omme il n'y a aucune attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée, l'art. 8 de la Charte n'est pas mis en jeu, ni d'ailleurs l'art. 7».

51 I conclude that there is no breach under section 7 of the *Charter*.

J'arrive à la conclusion qu'il n'y a pas d'atteinte à 51 l'article 7 de la Charte.

SECTION 1: "PRESCRIBED BY LAW"

ARTICLE PREMIER: PRESCRIT «PAR UNE RÈGLE DE DROIT»

52 The authorized call list and voice-over features of the new telephone system have been found to breach paragraph 2(b) of the *Charter*. The inquiry must therefore turn to the question whether these violations can be justified under section 1 of the *Charter*. Section 1 provides:

La liste d'appels autorisés et le message surimposé 52 du nouveau système téléphonique portent atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte. L'analyse doit donc maintenant porter sur la question de savoir si ces atteintes peuvent être justifiées au sens de l'article premier de la Charte. Voici le libellé de cette disposition:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

For the Court to embark on a full consideration of whether the limits at issue are demonstrably justified, they must be “prescribed by law”.

53 During the hearing of this application, counsel for both parties agreed that Commissioner’s Directive 085 is neither a statute nor a regulation and, therefore not “prescribed by law”. The parties’ common view on this issue was not persuasive. While this decision was under reserve, supplementary written representations were invited on the issues of “prescribed by law” and justification under section 1. Counsel for the applicants strongly reiterated her view that the Directive could not be “prescribed by law”. Counsel for the respondents agreed, adding only that a section 1 defence is available to any limit imposed by regulation. Section 95 of the Regulations concerning the blocking of calls is substantially reproduced in the Directive.

54 The Supreme Court has provided ample direction for determining when statutes or regulations prescribe limits for the purposes of section 1. Similarly, although to a lesser extent, a body of jurisprudence has been developing with respect to limits involving grants of discretionary authority, in which the “law” to be justified is neither a statute nor a regulation, but rather an application of a statutory or regulatory provision through an administrative action or decision. At present, however, whether a Commissioner’s Directive is a limit prescribed by law is still an evolving issue.

55 In its pre-Charter judgment in *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*,

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

Pour que la Cour procède à un examen complet de la question de savoir si les restrictions en cause sont raisonnables et justifiées, il faut que ces restrictions soient prescrites «par une règle de droit».

Au cours de l’audition de la présente demande, les 53
avocats des deux parties ont reconnu que la Directive du commissaire n° 085 n’est ni une loi ni un règlement et, par conséquent, n’est pas prescrite «par une règle de droit». La conformité d’opinion des parties sur ce point ne m’a pas convaincu. Après avoir sursis au prononcé de la présente décision, j’ai invité les parties à me soumettre des observations écrites supplémentaires sur les questions des restrictions prescrites «par une règle de droit» et de la justification au sens de l’article premier. L’avocate des requérants a énergiquement réaffirmé que la directive ne pouvait pas être prescrite «par une règle de droit». L’avocat des intimés était du même avis et a simplement ajouté qu’un moyen de défense fondé sur l’article premier peut être invoqué à l’égard de n’importe quelle restriction imposée par une disposition réglementaire. L’article 95 du Règlement concernant le blocage des appels est reproduit presque textuellement dans la Directive.

La Cour suprême a donné bien des indications 54
pour déterminer quand une loi ou un règlement prescrit des restrictions pour l’application de l’article premier. De même, encore qu’à un degré moindre, elle a rendu plusieurs décisions en ce qui concerne les restrictions mettant en jeu l’octroi d’un pouvoir discrétionnaire, lorsque la «règle de droit» qu’il faut justifier n’est ni une loi ni un règlement mais plutôt l’application d’une disposition législative ou réglementaire au moyen d’une mesure ou d’une décision administrative. À l’heure actuelle, toutefois, la question de savoir si une Directive du commissaire est une restriction prescrite par une règle de droit est encore en évolution.

Dans le jugement qu’elle a rendu avant l’adoption 55
de la Charte dans l’affaire *Martineau et autre c.*

[1978] 1 S.C.R. 118, the Supreme Court of Canada considered whether a decision concerning an inmate's conduct as being flagrant or serious in nature is one required by law to be made in accordance with the principles of natural justice. The decision was made by members of a disciplinary board pursuant to a Commissioner's Directive. Mr. Justice Pigeon concluded that the Commissioner's Directive was neither a law nor a regulation and (at page 129) "no more than directions as to the manner of carrying out their duties in the administration of the institution where they are employed", not as "high public officers but ordinary civil servants."

Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui, [1978] 1 R.C.S. 118, la Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si la décision selon laquelle la conduite d'un détenu était manifeste ou grave devait légalement être prise en conformité avec les principes de justice naturelle. La décision avait été prise par les membres d'un conseil disciplinaire conformément à une Directive du commissaire. Le juge Pigeon a conclu que la Directive du commissaire n'était ni une loi ni un règlement et (à la page 129) «n[était] rien de plus que des instructions relatives à l'exécution de leurs fonctions dans l'institution où ils travaillent» non pas comme «de hauts fonctionnaires publics mais [comme] de simples employés de l'administration».

56 In *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, Mr. Justice Le Dain, on behalf of a unanimous Court, reiterated his view concerning the meaning of a limit prescribed by law which he had previously expressed in *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613, at page 645:

The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, 56 le juge Le Dain, qui a prononcé les motifs unanimes de la Cour, a réaffirmé l'opinion qu'il avait exprimée sur le sens d'une restriction prescrite par une règle de droit dans l'arrêt *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la page 645:

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de common law.

57 In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, the Supreme Court concluded that the order of a labour adjudicator, requiring an employer to provide a letter of recommendation to a dismissed employee, was prescribed by law. Mr. Justice Lamer, as he then was, stated that the adjudicator's order was a limitation prescribed by law (at pages 1080-1081):

The adjudicator derives all his powers from statute and can only do what he is allowed by statute to do. It is the legislative provision conferring discretion which limits the right or freedom, since it is what authorizes the holder of such discretion to make an order the effect of which is to place limits on the rights and freedoms mentioned in the *Charter*. The order made by the adjudicator is only an

Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, la Cour suprême a conclu que l'ordonnance rendue par un arbitre du travail qui obligeait un employeur à fournir une lettre de recommandation à un employé congédié était prescrite par une règle de droit. Le juge Lamer (alors juge puîné) a déclaré que l'ordonnance de l'arbitre était une restriction prescrite par une règle de droit (aux pages 1080 et 1081): 57

L'arbitre tire en effet tous ses pouvoirs de la loi et il ne peut faire plus que ce que la loi lui permet. C'est la disposition législative attributrice de discrétion qui restreint le droit ou la liberté puisque c'est elle qui autorise le détenteur de ladite discrétion à rendre une ordonnance ayant pour effet d'apporter des limites aux droits et libertés énoncés dans la *Charte*. L'ordonnance prononcée par

exercise of the discretion conferred on him by statute.

l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi.

58 In reaching this conclusion, Lamer J. confirmed the principle enunciated by Professor Peter Hogg in *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1985) [at pages 1078-1079] that government actions made pursuant to statutory authority are only valid if within the scope of that authority. In the words of Professor Hogg, at page 671:

The references in s. 32 to the "Parliament" and a "legislature" make clear that the Charter operates as a limitation on the powers of those legislative bodies. Any statute enacted by either Parliament or a Legislature which is inconsistent with the Charter will be outside the power of (*ultra vires*) the enacting body and will be invalid. It follows that any body exercising statutory authority, for example, the Governor in Council or Lieutenant Governor in Council, ministers, officials, municipalities, school boards, universities, administrative tribunals and police officers, is also bound by the Charter. Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

59 In *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.), Mr. Justice Stone concluded that a Commissioner's Directive should be treated differently than administrative decisions with respect to limits prescribed by law. On this issue, he stated at page 35:

Although the point at issue has yet to be authoritatively decided, I venture to suggest that the term "by law" in section 1 does not include the Commissioner's Directive even though its adoption is provided for in the statute. That directive was not, in its adoption, required to be put through any recognized legislative process, and may be altered without reference to such process, theoretically

Pour parvenir à cette conclusion, le juge Lamer a confirmé le principe énoncé par le professeur Peter Hogg dans *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd. (Toronto: Carswell, 1985) [aux pages 1078 et 1079], selon lequel les mesures gouvernementales prises en vertu d'un pouvoir d'origine législative ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Le professeur Hogg s'est exprimé en ces termes à la page 671:

[TRADUCTION] La mention du «Parlement» et d'une «législature» à l'art. 32 montre clairement que la Charte agit comme une limite aux pouvoirs de ces organes législatifs. Tout texte de loi adopté par le Parlement ou une législature, qui est incompatible avec la Charte excédera les pouvoirs (*sera ultra vires*) de l'organisme qui l'a adopté et sera invalide. Il s'ensuit que tout organisme qui exerce un pouvoir statutaire, par exemple le gouverneur en conseil, le lieutenant-gouverneur en conseil, les ministres, les fonctionnaires, les municipalités, les commissions scolaires, les universités, les tribunaux administratifs, les officiers de police, est également lié par la Charte. Les mesures prises en vertu d'un pouvoir statutaire ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Puisque ni le Parlement ni une législature ne peuvent eux-mêmes adopter une loi qui contrevient à la Charte, ni l'un ni l'autre ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la Charte. Ainsi, les limites que la Charte impose à un pouvoir statutaire s'étendront à la famille des autres pouvoirs statutaires et s'appliqueront aux règlements, aux statuts, aux ordonnances, aux décisions et à toutes les autres mesures (législatives, administratives ou judiciaires) dont la validité dépend d'un pouvoir statutaire.

Dans l'arrêt *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18 (C.A.), le juge Stone, J.C.A., a conclu qu'on ne devrait pas traiter une Directive du commissaire de la même façon qu'une décision administrative en ce qui concerne les restrictions prescrites par une règle de droit. Voici ce qu'il a déclaré sur ce point à la page 35:

Bien que le point en litige ait encore à être tranché de façon décisive, j'ose suggérer que l'expression «par une règle de droit» figurant à l'article 1 ne vise pas la Directive du Commissaire même si son adoption est prévue dans la Loi. L'adoption de cette directive n'avait pas à se faire par la voie d'un processus législatif reconnu, et celle-ci peut être modifiée sans recours à un tel processus, le

even at the whim of its creator.

For the Court of Appeal, a Commissioner's Directive was not "law" within the meaning of "prescribed by law" in section 1 of the Charter. This decision in *Weatherall* was handed down prior to *Slaight Communications Inc.*

caprice de son auteur devant même, en théorie, suffire à cet égard.

Selon la Cour d'appel, une Directive du commissaire n'était pas une «règle de droit» au sens où cette expression est employée à l'article premier de la Charte. La décision *Weatherall* a été rendue avant la décision *Slaight Communications Inc.*

60 The Court of Appeal had occasion to revisit the issue of the meaning of "prescribed by law" when it considered the decision of prison authorities to transfer an inmate from a maximum security institution to a high maximum security penitentiary. In *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)*, [1989] 3 F.C. 329 (C.A.), Mr. Justice Pratte concluded that the decision to effect such a transfer was made in breach of the inmate's section 7 rights. The decision, while made under statutory authority, was obviously neither a law or regulation. The infringement of the inmate's rights was nonetheless saved by section 1. Mr. Justice Pratte stated at page 340:

The principles of fundamental justice do not have, therefore, the same flexibility as the rules of natural justice and of fairness. For that reason, I cannot escape the conclusion that, in this case, the decision to transfer the respondent to Saskatchewan Penitentiary was not made in accordance with the principles of fundamental justice since the respondent was not given a real opportunity to answer the allegation made against him.

There remains to be decided whether that breach of section 7 of the Charter was authorized by a law that met the requirements of section 1. The *Penitentiary Act* . . . gives the Commissioner and his delegates the discretionary power to transfer an inmate from one institution to another, a discretion that is tempered only by the principles of procedural fairness that apply in so far as circumstances permit. It is pursuant to that "law" that the decision to transfer the respondent was made and the question is whether a "law" giving such a wide discretion to the authorities of the Correctional Service meets the requirements of section 1.

We have not had the benefit of any argument or of any evidence on the subject. Counsel for the appellant chose to ignore the respondent's argument based on the Charter. However, the answer to the question appears to me to be

La Cour d'appel a eu l'occasion d'examiner à 60 nouveau la question du sens de l'expression «par une règle de droit» lorsqu'elle a été saisie de la décision des autorités carcérales de transférer un détenu d'un établissement à sécurité maximale à un établissement à sécurité maximale élevée. Dans l'arrêt *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329 (C.A.), le juge Pratte, J.C.A., a conclu que la décision d'effectuer ce transfèrement avait porté atteinte aux droits garantis au détenu par l'article 7. La décision avait été prise en vertu d'un pouvoir d'origine législative, mais il ne s'agissait visiblement ni d'une loi ni d'un règlement. L'atteinte aux droits du détenu a malgré tout été sauvegardée par l'article premier. Le juge Pratte a déclaré à la page 340:

Les principes de justice fondamentale ne jouissent donc pas de la même souplesse que les règles de justice naturelle et d'équité. C'est pourquoi je ne peux que conclure qu'en l'espèce, la décision de transférer l'intimé au pénitencier de la Saskatchewan n'a pas été prise conformément aux principes de justice fondamentale puisque l'intimé n'a pas vraiment eu la chance de répondre aux allégations portées contre lui.

Il nous faut maintenant déterminer si cette contravention à l'article 7 de la Charte a été faite en vertu d'une loi conforme aux exigences de l'article 1. La *Loi sur les pénitenciers* . . . donne au commissaire et à ses délégués le pouvoir discrétionnaire de transférer un détenu d'un établissement à un autre; ce pouvoir n'est tempéré que par les principes d'équité en matière de procédure, lorsque les circonstances le permettent. C'est en vertu de cette Loi que la décision de transférer l'intimé a été prise et il s'agit de déterminer si une loi conférant un pouvoir discrétionnaire aussi large aux autorités du Service correctionnel est conforme à l'article 1.

Malheureusement, aucun argument ni preuve n'a été présenté à ce sujet. L'avocat de l'appelant a choisi de ne pas tenir compte des arguments fondés sur la Charte qu'a présentés l'intimé. Cependant, la réponse me semble

so obvious that I do not need any evidence or argument to conclude that, in a free and democratic society, it is reasonable, perhaps even necessary, to confer such a wide discretion on penitentiary authorities. [Emphasis added.]

tellement évidente que je n'ai besoin d'aucune preuve ni argument pour conclure que, dans une société libre et démocratique, il est raisonnable et parfois même nécessaire de conférer pareil pouvoir discrétionnaire aux autorités carcérales. [Non souligné dans l'original.]

61 Some two years later, the Supreme Court of Canada refused to apply section 1 of the Charter to save the infringement of a citizen's freedom of expression which resulted from a government official's decision made pursuant to an internal directive. In *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, Chief Justice Lamer stated, at page 164:

In my opinion, the limitation imposed on the respondents' freedom of expression arose from the action taken by the airport manager, a government official, when he ordered the respondents to cease their activities. Although this action was based on an established policy or internal directive, I do not think it can be concluded from this that there was in fact a "law" which could be justified under s. 1 of the Charter. The government's internal directives or policies differ essentially from statutes and regulations in that they are generally not published and so are not known to the public. Moreover, they are binding only on government officials and may be amended or cancelled at will. For these reasons, the established policy of the government cannot be the subject of the test under s. 1 of the *Charter*.

In the present case, Commissioner's Directive 085 is more than an internal guideline. It is a rule made pursuant to section 97 of the Act and designated as a Commissioner's Directive pursuant to section 98 of the Act. The Directive is the rule communicated to inmates to regulate their use of telephone communications.

62 In the 1993 Supreme Court of Canada decision in *Weatherall, supra*, Mr. Justice La Forest did not discuss the issue of "prescribed by law" concerning the practice of cross-gender frisk searches, but he stated at page 878 that: "even if one were to look at this different treatment as amounting to a breach of s. 15(1), the practices are saved by s. 1 of the Charter." (Emphasis added.) *Weatherall* was heard in appeal from *Weatherall v. Canada*, [1991] 1 F.C. 85 (C.A.), not from the decision indexed under the same name and reported at [1989] 1 F.C. 18 (C.A.)

61 Environ deux ans plus tard, la Cour suprême du Canada a refusé d'appliquer l'article premier de la Charte pour sauvegarder l'atteinte à la liberté d'expression d'un citoyen par suite de la décision prise par un fonctionnaire en vertu d'une directive interne. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, le juge en chef Lamer a déclaré à la page 164:

Selon moi, la restriction imposée à la liberté des intimés de s'exprimer a été causée par le geste du directeur de l'aéroport, un agent du gouvernement, lorsque ce dernier a ordonné aux intimés de cesser leurs activités. Bien que ce geste soit fondé sur une politique ou directive établie, je ne crois que l'on puisse de ce fait conclure qu'il y a bel et bien une «règle de droit» pouvant être justifiée par le truchement de l'article premier de la Charte. Les directives ou politiques internes du gouvernement diffèrent essentiellement des lois et règlements dans la mesure où elles ne sont généralement pas publiées et de ce fait connues du public. Par surcroît, elles ne lient de façon obligatoire que les agents du gouvernement et peuvent être modifiées ou répudiées en toute discrétion. Pour ces raisons, la politique fermement établie du gouvernement ne peut faire l'objet du test de l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce, la Directive du commissaire n° 085 est plus qu'une ligne directrice interne. C'est une règle établie sous le régime de l'article 97 de la Loi et appelée Directive du commissaire en vertu de l'article 98 de la Loi. Cette Directive est la règle qui a été communiquée aux détenus pour réglementer l'utilisation du système téléphonique par ceux-ci.

62 Dans la décision que la Cour suprême du Canada a rendue en 1993 dans *Weatherall*, précité, le juge La Forest n'a pas examiné la question des restrictions prescrites «par une règle de droit» concernant la fouille par palpation effectuée par une personne du sexe opposé, mais il a déclaré à la page 878: «même si l'on considérait que ce traitement différent viole le par. 15(1), les pratiques en question sont sauvegardées par l'article premier de la Charte.» (Non souligné dans l'original). L'arrêt *Weatherall* se rapporte à l'appel interjeté contre la décision

from which I have taken the comments of Stone J.A., *supra*. The cross-gender frisk in *Weatherall* was made pursuant to a Commissioner's Directive. La Forest J. made no reference to "prescribed by law" nor to the more explicit suggestion by Mr. Justice Stone in the Court of Appeal that a Commissioner's Directive is not "prescribed by law". From this I must infer that section 1 can be applied in some circumstances where an administrative action is authorized by a Commissioner's Directive. My concern in drawing this inference is somewhat alleviated by a very recent decision of the Court of Appeal.

63 In *Olson v. Canada*, (an unreported decision of the Court of Appeal, April 9, 1997, A-189-96), confirming [1996] 2 F.C. 168 (T.D.), the plaintiff, incarcerated on eleven accounts of first degree murder, was denied access to the media through a memorandum to this effect by the Assistant Warden of the penitentiary. The inmate's appeal to the Warden was refused. The government conceded that the Warden's decision was in breach of paragraphs 2(b) and 2(d). In confirming the decision of Heald D.J., the Court of Appeal stated:

Despite the lengthy argument presented by the Appellant who represented himself on this appeal, we have not been persuaded that the learned and experienced Trial Judge made any reversible error when he concluded that "although the defendant's servants have infringed the plaintiff's rights as guaranteed by ss. 2(b) and 2(d) of the Charter, the restrictions imposed on the plaintiff's Charter rights are reasonable limits prescribed by law, and are therefore permissible under s. 1 of the Charter." Indeed, we are in complete agreement with his conclusion.

64 In *Olson, supra*, the inmate's access to media was restricted. He could no longer be interviewed by the media. The name of a friend and prominent journalist was removed from the inmate's authorized visi-

Weatherall c. Canada, [1991] 1 C.F. 85 (C.A.), et non contre la décision répertoriée sous le même intitulé et publiée à [1989] 1 C.F. 18 (C.A.) dont sont extraits les commentaires précités du juge Stone, J.C.A.) La fouille par palpation dans l'affaire *Weatherall* avait été faite en application d'une Directive du commissaire. Le juge La Forest ne s'est pas référé à l'expression «par une règle de droit», ni à l'énoncé plus explicite du juge Stone de la Cour d'appel qu'une Directive du commissaire n'est pas prescrite «par une règle de droit». Je dois en déduire que l'article premier peut s'appliquer dans certaines circonstances dans lesquelles une mesure administrative est autorisée par une Directive du commissaire. Une décision très récente de la Cour d'appel atténue quelque peu l'appréhension que j'éprouve en tirant cette conclusion.

Dans l'arrêt *Olson c. Canada* (décision non publiée de la Cour d'appel, 9 avril 1997, A-189-96), confirmant [1996] 2 C.F. 168 (1^{re} inst.), le demandeur, qui était incarcéré après avoir été reconnu coupable de onze accusations de meurtre au premier degré, s'est vu refuser l'accès aux médias dans une note de service à cet effet du directeur adjoint de l'établissement. L'appel interjeté par le détenu auprès du directeur a été rejeté. Le gouvernement a reconnu que la décision du directeur portait atteinte aux alinéas 2b) et 2d). Pour confirmer la décision du juge suppléant Heald, la Cour d'appel a déclaré:

[TRADUCTION] Malgré la longue argumentation présentée par l'appelant, qui s'est représenté lui-même dans le cadre du présent appel, nous n'avons pas été convaincus que l'éminent et chevronné juge de première instance a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision lorsqu'il a conclu que «bien que les fonctionnaires du défendeur aient porté atteinte aux droits garantis au demandeur par les alinéas 2b) et 2d) de la *Charte*, les restrictions apportées aux droits que la *Charte* confère au demandeur sont des limites raisonnables prescrites par une règle de droit et sont donc acceptables aux termes de l'article premier de la *Charte*». De fait, nous souscrivons entièrement à sa conclusion.

Dans l'affaire *Olson*, précitée, l'accès du détenu aux médias a été restreint. Le détenu ne pouvait plus être interviewé par les médias. Le nom d'un ami et journaliste bien en vue a été supprimé de la liste des

63

64

tors' list. The inmate was prohibited from sending his literary material to this journalist. Counsel for the Service in *Olson* submitted that these limits had "the force of law" if expressed or implied in a statute or regulation. The Service relied on paragraphs 3(b) and 4(a) and subsection 71(1) of the Act, provisions which are equally applicable in the present case. The Service also relied on the Regulations authorizing it to develop a correctional plan for the inmate and to open and read his letters. On the basis of these submissions, Mr. Justice Heald concluded that the limits imposed on the plaintiff's Charter rights as the result of the Warden's decisions were "prescribed by law".

visiteurs autorisés du détenu. Il a été interdit au détenu de faire parvenir ses écrits à ce journaliste. L'avocat du Service dans l'affaire *Olson* a soutenu que ces restrictions avaient «force de loi» si elles étaient expresses ou implicites dans une loi ou un règlement. Le Service a invoqué les alinéas 3b) et 4a) et le paragraphe 71(1) de la Loi, dispositions qui sont également applicables en l'espèce. Le Service a également invoqué les dispositions réglementaires l'autorisant à élaborer un plan correctionnel pour le détenu et à ouvrir et lire ses lettres. Sur la base de ces prétentions, le juge Heald a conclu que les restrictions apportées aux droits que la Charte reconnaît au demandeur en raison des décisions prises par le directeur étaient prescrites «par une règle de droit».

65 In this case, in his supplementary written representations, counsel for the respondents acknowledged that "all of the impugned actions [in *Olson*] flowed from regulatory or statutory provisions" (emphasis added). I agree with his characterization of *Olson*. However, he added that Commissioner's Directives were not in issue in *Olson*. In my view, this is not a distinction which warrants an outcome different from the one in *Olson*.

En l'espèce, l'avocat des intimés a reconnu dans ses observations écrites supplémentaires que [TRANSDUCTION] «toutes les mesures contestées [dans *Olson*] découlaient de dispositions législatives ou réglementaires» (non souligné dans l'original). Je souscris à sa façon de voir l'affaire *Olson*. Il a toutefois ajouté que les Directives du commissaire n'étaient pas en cause dans l'affaire *Olson*. Selon moi, cette distinction ne justifie pas une issue différente de celle de l'affaire *Olson*. 65

66 Subsection 71(1) provides for reasonable contact between inmates and family, friends and other persons outside the penitentiary "subject to such reasonable limits as are prescribed for protecting the security of the penitentiary or the safety of persons." Expressly in the language has been encoded an intelligible standard in the words "such reasonable limits . . . for protecting the security of the penitentiary or the safety of persons" (emphasis added). Read in conjunction with sections 97 and 98 of the Act, pursuant to which Commissioner's Directive 085 was issued, subsection 71(1) is the statutory authority for the Commissioner to make rules and directives with respect to prisoners contacting members of the public at large. In addition, sections 94 and 95 of the Regulations necessarily imply the authorization of telephone communications for inmates. There is no plenary discretion evident, but a grant of authority that is to be exercised with

Le paragraphe 71(1) permet aux détenus d'entretenir, dans la mesure du possible, des relations avec leur famille, leurs amis et d'autres personnes à l'extérieur du pénitencier, «[d]ans les limites raisonnables fixées par règlement pour assurer la sécurité de quiconque ou du pénitencier». Une norme intelligible est expressément encodée dans ce libellé, soit les mots «dans les limites raisonnables . . . pour assurer la sécurité de quiconque ou du pénitencier» (non souligné dans l'original). Lu conjointement avec les articles 97 et 98 de la Loi, sous le régime desquels la Directive du commissaire n° 085 a été communiquée, le paragraphe 71(1) constitue la disposition législative habilitante qui permet au commissaire d'établir des règles et des directives concernant les relations que les prisonniers entretiennent avec les membres du public en général. De plus, les articles 94 et 95 du Règlement impliquent forcément que les détenus sont autorisés à établir des communications 66

reasonable limits under the objectives of security and the safety of persons.

67 The specific provisions of Commissioner's Directive 085 authorizing the call lists and the voice-over are positioned squarely in the ambit of the discretion given by subsection 71(1) in conjunction with its corresponding provisions in the Regulations and sections 97 and 98 of the Act. No arbitrariness is evident in the manner in which the limits are prescribed. Paragraph 12 of the Directive establishes that there shall be a voice-over and sets out its content. Paragraph 13 provides for telephone access on a "fair and consistent basis to help maintain family and community ties". The details of the authorized call list are set out in Annex B of the Directive.

68 In the words of Professor Hogg, there is no disruption in the chain of statutory authority flowing from the Act and the Regulations to the limits in Commissioner's Directive 085. The limits in the Directive are prescribed by law. This conclusion, in my view, is consistent with the ones reached by the Court of Appeal in *Gallant*, *supra*, and *Olson*, *supra*, and with the *obiter dictum* of La Forest J. in *Weatherall*. It is therefore necessary to continue further under section 1 to determine whether the features can be justified as reasonable limits in a free and democratic society.

SECTION 1: JUSTIFICATION

69 The framework for deciding whether a limit is reasonable and demonstrably justified was laid out in two steps by Chief Justice Dickson in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. First, the government's objective for imposing the limit must be shown to relate to pressing and substantial concerns in a free and democratic society. Second, the breach

téléphoniques. Le pouvoir accordé par ces dispositions n'est pas un pouvoir discrétionnaire absolu, mais un pouvoir qui doit être exercé dans les limites raisonnables pour assurer la sécurité des personnes.

Les paragraphes particuliers de la Directive du commissaire n° 085 qui autorisent les listes d'appels et le message surimposé se situent carrément à l'intérieur de la portée du pouvoir discrétionnaire accordé par le paragraphe 71(1) de même que par les dispositions correspondantes du Règlement et les articles 97 et 98 de la Loi. La façon dont les restrictions sont prescrites ne révèle aucun arbitraire. Le paragraphe 12 de la Directive précise qu'un message surimposé doit être émis et précise son contenu. Le paragraphe 13 donne accès à des appareils téléphoniques «de façon équitable et régulière pour les aider [les détenus] à conserver des liens avec les membres de leur famille et de la collectivité». Les détails de la liste d'appels autorisés sont énoncés à l'annexe B de la Directive.

68 Comme l'a dit le professeur Hogg, il n'y a pas de rupture dans la chaîne des pouvoirs d'origine législative entre la Loi et le Règlement et les restrictions imposées dans la Directive du commissaire n° 085. Ces restrictions sont prescrites par une règle de droit. Selon moi, cette conclusion est compatible avec celles auxquelles la Cour d'appel est parvenue dans les arrêts *Gallant* et *Olson*, précités, et avec l'opinion incidente exprimée par le juge La Forest dans l'arrêt *Weatherall*. Il est donc nécessaire de poursuivre l'analyse fondée sur l'article premier pour déterminer si les attributs du nouveau système téléphonique peuvent être justifiés comme des limites raisonnables dans une société libre et démocratique.

ARTICLE PREMIER: JUSTIFICATION

69 Le critère en deux volets qui s'applique pour déterminer si une limite est raisonnable et si sa justification peut se démontrer a été exposé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Premièrement, il faut démontrer que l'objectif poursuivi par le gouvernement pour imposer la limite se rapporte à des préoccupa-

must be found to be proportional. There are three branches under the proportionality arm of the test. The court must decide whether: (i) the means of achieving the objective are “rationally connected” with the objective, or in other words, the objective must not be arbitrary, unfair or based on irrational connections; (ii) the means chosen to achieve the objective minimally impairs the right; and (iii) there is proportionality between the importance of the objective and the helpful and harmful effects of limiting the right.

tions urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. Deuxièmement, il faut que l’atteinte soit proportionnelle. Le volet proportionnalité du critère comprend trois éléments. La cour doit déterminer: (i) s’il existe un «lien rationnel» entre les mesures prises pour atteindre l’objectif et l’objectif en question, en d’autres mots, l’objectif ne doit pas être arbitraire, inéquitable ni fondé sur des considérations irrationnelles; (ii) si le moyen choisi pour atteindre cet objectif est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question; et (iii) s’il y a proportionnalité entre l’importance de l’objectif et les effets utiles et préjudiciables des mesures restreignant le droit en question.

70 As a breach of paragraph 2(b) has occurred both with respect to the authorized call list and voice-over features, I will consider them in turn. Since both limits are derived from the same statutory source, it is helpful to repeat the general twofold policy objective of the new telephone system, which flows from the relevant provisions of sections 3, 4 and 71 of the Act, as it is set out in Commissioner’s Directive 085:

7. To encourage inmates to maintain and develop family and community ties through written correspondence and telephone communication, consistent with the principle of protection of the public, staff members and offenders.

Comme la liste d’appels autorisés et le message surimposé portent tous deux atteinte à l’alinéa 2b), j’examinerai ces attributs à tour de rôle. Puisque ces deux restrictions ont la même origine législative, il est utile de rappeler le double objectif général du nouveau système téléphonique, qui découle des dispositions pertinentes des articles 3, 4 et 71 de la Loi. Cet objectif est énoncé ainsi qu’il suit dans la Directive du commissaire n° 085:

7. Encourager les détenus à établir et à entretenir des liens avec des membres de leur famille et de la collectivité au moyen de lettres et de communications téléphoniques, conformément au principe relatif à la protection du public, des membres du personnel et des délinquants.

71 In other words, the new telephone system has a rehabilitative purpose and a precautionary one geared toward protection. The general policy objectives are to assist the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community through telephone contacts in a manner consistent with the protection of the public, the correctional staff and the inmates themselves.

En d’autres termes, le nouveau système téléphonique a un but de réadaptation et un but de prévention axé sur la protection. Les objectifs généraux de la politique sont de favoriser la réadaptation des contrevenants et leur réintégration dans la société au moyen de communications téléphoniques, d’une manière compatible avec la protection du public, du personnel correctionnel et des détenus eux-mêmes.

(a) Justification of the Authorized Call List

a) Justification de la liste d’appels autorisés

72 The respondents have established the positive objective of enhancing inmate telephone communications to assist in rehabilitation. The precautionary objective of controlling those communications that might result in crime is similarly established. In

Les intimés se sont fixé un objectif positif, c’est-à-dire favoriser l’établissement de communications téléphoniques par les détenus dans un but de réadaptation. Ils se sont également fixé un objectif de prévention, c’est-à-dire surveiller les communi-

their affidavit material, the respondents explain the limitation on the number and identity of persons whom the inmates may call as “enhancing public and institutional security while managing and supervising inmate telephone activity in an equitable and efficient manner.” Under the previous telephone system with “relatively unfettered inmate access to telephones”, inmate communications were used to facilitate the introduction of drugs, arsenic, nitroglycerin, ammunition, hand guns and automatic weapons into federal institutions and to arrange contract killings, “the settling of accounts”, the harassment of previous victims and potential witnesses, assaults and breakouts.

tions qui pourraient donner lieu à la perpétration d’actes criminels. Dans leurs affidavits, les intimés expliquent qu’ils ont apporté des restrictions au nombre de personnes auxquelles les détenus peuvent téléphoner et à l’identité de ces personnes afin [TRADUCTION] «d’améliorer la sécurité publique et institutionnelle, et de gérer et de superviser l’activité téléphonique des détenus d’une manière équitable et efficace». L’ancien système téléphonique [TRADUCTION] «donnait assez librement accès aux appareils téléphoniques» et les détenus en profitaient pour faciliter l’introduction de drogues, d’arsenic, de nitroglycérine, de munitions, de pistolets et d’armes automatiques dans les établissements fédéraux, et pour arranger des meurtres à forfait, ou «règlements de comptes», le harcèlement d’anciennes victimes et de témoins potentiels, des voies de fait et des évènements.

73 I find that both objectives clearly reflect concerns which are pressing and substantial to Canadian society and require no further explanation. The next issue is whether the paragraph 2(b) infringement created by the authorized call list is proportional, the first inquiry being whether it is rationally connected.

Je constate que ces deux objectifs reflètent clairement des préoccupations urgentes et réelles dans la société canadienne, et se passent d’explications. La question suivante est de savoir si la violation de l’alinéa 2b) causée par la liste d’appels autorisés est proportionnelle. Il faut d’abord déterminer s’il existe un lien rationnel entre cette liste et les deux objectifs. 73

74 The authorized call list provides the technical means of realistically preventing problem calls. This was not the case under the former system. Prison authorities had no control over the number dialled or the person being contacted by the inmate. If telephone communications were used for illicit purposes, the Service could only respond subsequent to the event with a warning or with discipline. The authorized call list will assist in preventing prohibited calls, without necessarily assuring that they never occur. Inmates might still succeed in using telephone communications for improper purposes. However, the new telephone system need not operate flawlessly to be rationally connected to its purpose. I am satisfied that the design of the new telephone system, particularly the authorized call list, represents a substantial step towards meeting the precautionary objectives, while allowing the applicants to maintain positive communication with fam-

La liste d’appels autorisés fournit les moyens techniques de prévenir concrètement les appels qui posent des problèmes. Ce n’était pas le cas avec l’ancien système. Les autorités carcérales n’avaient aucun contrôle sur le numéro composé par le détenu ou le destinataire de l’appel. Si une communication téléphonique était établie dans un but illégal, le Service pouvait uniquement réagir après coup en donnant un avertissement ou en prenant des mesures disciplinaires. La liste d’appels autorisés contribuera à prévenir les appels interdits, sans forcément garantir qu’il n’y en aura jamais. Il se pourrait que les détenus parviennent encore à utiliser les appareils téléphoniques à des fins malhonnêtes. Cependant, le nouveau système téléphonique n’a pas besoin de fonctionner parfaitement pour avoir un lien rationnel avec son objectif. Je suis convaincu que la conception du nouveau système téléphonique, en particulier la liste d’appels autorisés, représente un pas impor- 74

ily and community members.

75 As to whether the authorized call list minimally impairs the applicants' freedom of speech, the new telephone system appears to provide reasonable access while attempting to control problem communications. The authorized call list of each inmate will allow forty telephone numbers, any one of which can be changed on reasonable notice. In a pilot project, the inmates had on average nine numbers on their authorized call list. Inmates will also be able to call the thirty-five numbers on the institution's common access list and any one of the privileged correspondents. They will also have access in emergency situations to administrative phones. If the limit of forty numbers seems restrictive rather than minimally impairing, the context of the applicants' rights must be re-emphasized here. It is my understanding that the maximum of forty numbers per inmate coincides with the system's technological capacity to accommodate the total population in federal prisons. The maximum number for each inmate has doubled since the authorized call list was first announced. The extent of the use of telephones by inmates will vary. I can envisage further adjustments to the number allowed, particularly if the average request for authorizations is less than the maximum. In the end, however, the policy objective is rehabilitation. This does not mean unlimited telephone access in the context of a prison.

76 The applicants argue that an inmate will not immediately reach a spouse, child or other close person if the intended recipient of the call is at a location other than that of the authorized number. This assumes that the authorized number is not a

tant vers la réalisation des objectifs de prévention, tout en permettant aux requérants de maintenir une communication positive avec des membres de leur famille et de la collectivité.

75 Pour ce qui est de savoir si la liste d'appels autorisés constitue une atteinte minimale à la liberté d'expression des requérants, le nouveau système téléphonique paraît donner un accès raisonnable tout en tentant de prévenir les communications qui posent des problèmes. La liste d'appels autorisés de chaque détenu pourra contenir quarante numéros de téléphone, qui peuvent tous être modifiés sur présentation d'un avis raisonnable. Dans un projet-pilote, les détenus avaient en moyenne neuf numéros sur leur liste d'appels autorisés. Les détenus seront également en mesure de composer les trente-cinq numéros inscrits sur la liste commune d'accès de l'établissement et de communiquer avec l'un ou l'autre des correspondants privilégiés. Dans les situations d'urgence, ils auront en outre accès aux appareils téléphoniques réservés à l'administration. Si la limite de quarante numéros semble constituer une restriction plutôt qu'une atteinte minimale, il importe d'insister à nouveau dans les présents motifs sur le contexte dans lequel s'inscrivent les droits des requérants. Si j'ai bien compris, le maximum de quarante numéros par détenu coïncide avec la capacité technique du système de desservir toute la population des établissements fédéraux. Le nombre maximum de numéros pour chaque détenu a doublé depuis l'annonce initiale de la liste d'appels autorisés. L'étendue de l'utilisation des appareils téléphoniques par les détenus variera. Je peux concevoir qu'il y aura d'autres modifications au nombre de numéros permis, en particulier si le nombre moyen d'autorisations demandées est inférieur au maximum. Mais en définitive, l'objectif de la politique est la réadaptation. Cela ne signifie pas un accès illimité aux appareils téléphoniques dans le contexte d'un pénitencier.

76 Les requérants soutiennent qu'un détenu ne joindra pas immédiatement un conjoint, un enfant ou une autre personne proche si le destinataire prévu de l'appel se trouve ailleurs qu'à l'endroit correspondant au numéro autorisé. Cela laisse supposer que le

cellular phone. It also assumes that the person cannot be reached through a three-way conference arranged by initially calling an authorized number, something which is not currently prohibited by Commissioner's Directive 085. In emergencies, access through administrative phones may be available. If one accepts the applicants' scenario, the communication will take place when the intended recipient returns to the location of an authorized number or, if the absence is prolonged, after approval has been obtained for a new number. In my view, this inconvenience, even with respect to family members, is not inconsistent with an carceral setting. Nor does it detrimentally affect in any significant way the stated objective of enhancing rehabilitation through family and community telephone communications.

numéro autorisé n'est pas celui d'un téléphone cellulaire. Cela laisse aussi supposer qu'il est impossible de joindre la personne au moyen d'une conférence à trois organisée en composant d'abord un numéro autorisé, ce que n'interdit pas la Directive du commissaire n° 085 pour l'instant. Dans les situations d'urgence, les détenus peuvent avoir accès aux appareils téléphoniques de l'administration. Selon le scénario des requérants, la communication sera établie lorsque le destinataire prévu sera retourné à l'endroit correspondant au numéro autorisé ou, en cas d'absence prolongée, après qu'un nouveau numéro aura été approuvé. À mon avis, cet inconvénient, même pour les membres de la famille, n'est pas incompatible avec un milieu carcéral. Il ne compromet pas non plus sérieusement l'objectif déclaré de favoriser la réadaptation au moyen de communications téléphoniques établies avec des membres de la famille et de la collectivité.

77 I find that the Service, in implementing the authorized call list feature, has made a reasonable choice of means which minimally impairs the inmates' freedom of expression while fulfilling the stated objective. Similarly, weighed against the seriousness of the need for security measures against the importing of weapons, breakouts, the smuggling of drugs and the harassment of victims and witnesses, I find that there is proportionality between the objectives of the authorized call list and the inconveniences or harms that might flow from its implementation. In my view, the authorized call list, as prescribed in Commissioner's Directive 085 and sections 3, 4, 71, 97 and 98 of the Act, is a limitation which is justified under section 1 of the Charter.

Je conclus que le moyen choisi par le Service, soit la liste d'appels autorisés, est un moyen raisonnable qui constitue une atteinte minimale à la liberté d'expression des détenus et permet de réaliser l'objectif déclaré. De même, étant donné la grande nécessité de prendre des mesures de sécurité contre l'introduction d'armes, les évasions, la contrebande de drogues et le harcèlement de victimes et de témoins, je conclus qu'il existe un lien rationnel entre les objectifs visés par la liste d'appels autorisés et les inconvénients ou le préjudice que son utilisation pourrait causer. Selon moi, la liste d'appels autorisés, telle qu'elle est prescrite dans la Directive du commissaire n° 085 et aux articles 3, 4, 71, 97 et 98 de la Loi, est une restriction qui est justifiée aux termes de l'article premier de la Charte. 77

(b) Justification of the Voice-Over

b) Justification du message surimposé

78 I have not been able to reach the same conclusion with the voice-over feature of the new telephone system.

J'ai été incapable de parvenir à la même conclusion en ce qui concerne le message surimposé du nouveau système téléphonique. 78

79 The voice-over is patently intrusive. It is intended to occur at the outset of the call and every ten minutes thereafter. The same message will be repeated:

Le message surimposé est clairement envahissant. Il est censé être émis au début de l'appel et toutes les dix minutes par la suite. Le même message sera 79

“This call is from a correctional institution. This call may be monitored or recorded. *Cet appel provient d’un établissement correctionnel. Cet appel peut être écouté ou enregistré.*” For the recipients of calls who speak neither official language, the voice-over will be disruptive without conveying any meaning. This may be particularly true of persons who are relatively recent arrivals in Canada and some family members of certain Aboriginal inmates. It is difficult to imagine how the repetition of this message will assist in the inmate’s rehabilitation during communications with spouses, children and other family members or close friends. The applicants are also concerned with the message’s impact on young children who may not be aware that their parent is incarcerated. It is unlikely that anyone would argue that the voice-over is necessary to achieve the rehabilitation objective of the new telephone system.

répété: «Cet appel provient d’un établissement correctionnel. Cet appel peut être écouté* ou enregistré. *This call is from a correctional institution. This call may be monitored or recorded.*» Pour les destinataires des appels qui ne parlent aucune des deux langues officielles, le message surimposé sera envahissant et ne communiquera aucune pensée. C’est peut-être particulièrement vrai pour les personnes qui sont arrivées au Canada tout récemment et pour certains membres de la famille de certains détenus autochtones. Il est difficile d’imaginer comment la répétition de ce message contribuera à la réadaptation des détenus au cours de communications téléphoniques avec les conjoints, les enfants ou d’autres membres de la famille ou proches amis. Les requérants sont également préoccupés par l’effet que le message produira sur les jeunes enfants qui peuvent ignorer que leur père ou leur mère est incarcéré. Il est peu probable que quelqu’un prétendrait que le message surimposé est nécessaire pour réaliser l’objectif de réadaptation du nouveau système téléphonique.

80 As to the precautionary objective, the respondents’ evidence discloses two purposes for the voice-over. The message that the call originates from a correctional facility is said to protect former spouses, victims or witnesses from unwanted communications with the inmate and addresses similar problems with voice-mail dating services, pen-pals and other similar activities. The second message that the call may be “monitored or recorded” is, according to the respondents, “a matter of fairness” for the recipient of the call. As will be seen below, there is an important difference between “monitoring” and “recording”.

En ce qui concerne l’objectif de prévention, la preuve des intimés révèle que le message surimposé a deux buts. Le message annonçant que l’appel provient d’un établissement correctionnel viserait à protéger les ex-conjoints, les victimes ou les témoins contre des communications non souhaitées avec le détenu, et règle des problèmes similaires avec les agences de rencontre par messagerie vocale, les correspondants et d’autres activités semblables. Le deuxième message annonçant que l’appel peut être «relevé ou enregistré» est, selon les intimés, [TRANSDUCTION] «une question d’équité» pour le destinataire de l’appel. Comme je l’explique ci-après, il existe une différence importante entre le «relevé» et «l’enregistrement» d’un appel. 80

* *Ndt*: Dans la Directive du commissaire n° 085, le mot «*monitored*» est traduit par «écouté». Dans les présents motifs, le «*monitoring*» d’un appel correspond à la capacité de recueillir certains renseignements concernant l’utilisation du système téléphonique par les détenus. Comme la Cour le précise, il ne s’agit pas de l’écoute d’un appel. Pour cette raison, le terme français employé pour traduire «*monitored*» dans les présents motifs est «relevé».

- 81 Although the objectives for the voice-over may be pressing and substantial, it is less clear that this limitation on the inmate's freedom of expression is rationally connected to the stated goal. In any event, I have not been able to justify the voice-over feature under the minimal impairment test.
- Bien que les buts du message surimposé puissent être urgents et réels, l'existence d'un lien rationnel entre la restriction que ce message impose à la liberté d'expression d'un détenu et l'objectif déclaré est moins claire. De toute façon, je n'ai pas été capable de justifier le message surimposé au moyen du critère de l'atteinte minimale.
- 82 Functionally, the authorized call list and the first voice-over message that the call originates from a correctional institution overlap to a great extent. Inmates may only call authorized numbers. The number of a person protected by a court order from communications with the inmate would not be authorized. The relationship between the person who owns the telephone number and the inmate must be disclosed to the Service. This information may quite often be subject to verification. The screening process in authorizing numbers will assist in identifying victims and witnesses subject to harassment and voice-mail dating services. In short, the authorized call list should, to a large extent, prevent the inmate from even initiating calls to persons who do not wish to speak with the inmates. The first voice-over message is intended to alert persons who do not wish to communicate with inmates that the call originates from a correctional facility. In this respect, the first voice-over message is extraneous.
- En pratique, la liste d'appels autorisés et le message surimposé annonçant que l'appel provient d'un établissement correctionnel se recouvrent dans une large mesure. Les détenus peuvent uniquement composer des numéros autorisés. L'inscription du numéro de téléphone d'une personne qu'une ordonnance judiciaire protège contre les communications avec un détenu ne serait pas autorisée. La relation qui existe entre un détenu et la personne à laquelle appartient le numéro de téléphone doit être révélée au Service. Ce renseignement peut très souvent faire l'objet d'une vérification. Le processus de sélection préalable à l'autorisation des numéros de téléphone aidera à repérer les victimes et les témoins qui font l'objet de harcèlement, et les agences de rencontre par messagerie vocale. Bref, la liste d'appels autorisés devrait, dans une large mesure, empêcher les détenus même d'amorcer une conversation avec des personnes qui ne veulent pas leur parler. Le premier message surimposé vise à avertir les personnes qui ne veulent pas communiquer avec les détenus que l'appel provient d'un établissement correctionnel. À cet égard, il est superflu.
- 83 The second voice-over message conveys two warnings: that the call may be monitored and that the call may be recorded. Indeed, many lay persons will not distinguish the nuances between monitoring and recording. Common perception may well be that "monitoring" means the Service will listen to the content of the communication. It is also difficult to see how such an ambiguity could be cured without making the message longer and more intrusive. In any event, both messages must withstand the test of Charter scrutiny.
- Le deuxième message surimposé transmet deux avertissements: l'appel peut être relevé et l'appel peut être enregistré. À vrai dire, bien des personnes non averties ne distingueront pas les nuances entre le relevé et l'enregistrement d'un appel. Pour le commun des mortels, il se peut bien que le mot «relevé» signifie que le Service écoutera le contenu de la conversation. De plus, il est difficile de voir comment on pourrait lever une telle ambiguïté sans émettre un message plus long et plus envahissant. De toute façon, les deux messages doivent résister à un examen fondé sur la Charte.
- 84 The message that the call may be monitored would advise the well-informed recipient that the
- Le message précisant que l'appel peut être relevé apprendrait au destinataire bien renseigné que l'éta-

correctional facility will know the number dialled, when the call was made and its duration. This same kind of information is provided in a long distance telephone bill. The Service will also know the identity of the person who owns the number called but not necessarily with whom the inmate is actually speaking. Monitoring the call will generate no other information than this. To repeat, monitoring is not intercepting or recording a call. With such superficial information in issue, the purpose in advising recipients that the call may be monitored is not apparent.

85 Similarly, the objective in advising the recipient that the call may be recorded is constitutionally suspect. As I noted earlier, section 94 of the Regulations will only allow for the recording of inmate conversations if there exist reasonable grounds to believe that the communication will contain evidence of criminal acts or threats to the security of any person. Otherwise, there is no mandate to intercept and record the call. In these circumstances, it is difficult to understand the necessity in protecting the recipient of the call by advising that the communication may be recorded. Such protection would only be expected if the Service was permitted to record all calls. The Service is not allowed to do this.

86 The authorized call list will prevent calls to telephone numbers previously screened out by the Service. This will lessen the need for the warnings provided by the voice-over. Its message will not be required for all calls made by every inmate. The respondents' affiant disclosed on cross-examination that the voice-over is "an all or nothing proposition" in that the technology does not allow the message to be played for only certain numbers or certain calls.

87 In my view, the message could be communicated in a different way and, if preferred by the Service, on a selective basis without delaying the approval

blissement correctionnel connaîtra le numéro composé, le moment auquel l'appel a été fait et la durée de l'appel. Une facture d'interurbains fournit le même genre de renseignements. Le Service connaîtra aussi l'identité de la personne à laquelle appartient le numéro composé, mais pas nécessairement celle de l'interlocuteur véritable du détenu. Ce relevé ne fournira pas d'autres renseignements que ceux-là. Une fois de plus, relever un appel n'est pas l'intercepter ni l'enregistrer. Comme les renseignements en cause sont si peu importants, la raison d'être du message précisant que l'appel peut être relevé n'est pas évidente.

De même, la raison d'être du message qui consiste à avertir le destinataire que l'appel peut être enregistré est constitutionnellement suspecte. Comme je l'ai mentionné plus haut, l'article 94 du Règlement n'autorise l'enregistrement des conversations des détenus que s'il existe des motifs raisonnables de croire que la communication contiendra des éléments de preuve relatifs à des actes criminels ou à des menaces à la sécurité de quiconque. Sinon, l'interception et l'enregistrement de l'appel ne sont pas autorisés. Dans ces circonstances, on comprend difficilement pourquoi il faut protéger le destinataire de l'appel en l'avertissant que la communication peut être enregistrée. Une telle protection ne serait escomptée que si le Service était autorisé à enregistrer tous les appels, ce qu'il ne peut pas faire. 85

La liste d'appels autorisés empêchera les détenus de composer des numéros de téléphone n'ayant pas été préalablement sélectionnés par le Service. Ainsi, les avertissements donnés par le message surimposé seront moins nécessaires. Le Service n'aura pas besoin d'émettre le message chaque fois qu'un détenu fait un appel. L'auteur de l'affidavit produit par les intimés a déclaré en contre-interrogatoire que le message surimposé repose sur [TRADUCTION] «le principe du tout ou rien» puisque la technologie ne permet pas d'émettre le message pour certains numéros ou certains appels seulement. 86

Selon moi, le message pourrait être communiqué différemment et, si c'est ce que préfère le Service, d'une manière sélective sans retarder le processus 87

process. There is no evidence that the Service would be unable to inform in writing any or all of the persons identified on the inmate's authorized call list that the telephone communication will be originating from a correctional facility and that it might be monitored and recorded. This written notice could also enable the intended recipients to respond by requesting the removal of their number from the authorized call list. This written advice by the Service, in the absence of the voice-over, will be of no avail, of course, where the person with whom the inmate is speaking is someone other than the owner of the authorized telephone number. However, the same result will occur, even with the voice-over, if a person comes on the line for less than ten minutes during the interval between the repeated message. The evidence discloses no significant harm, if any, should this occur.

88 The voice-over is forced speech and infringes the inmate's freedom of expression. Its intrusiveness does not assist the rehabilitation objective of the new telephone system. Its twofold message, in my view, does not assist significantly in achieving the Service's precautionary objectives and, to the extent that it does, it can be communicated in writing to persons on the authorized call list. For these reasons, I find that the voice-over does not meet the minimal impairment test and is therefore not constitutionally permissible.

IS THE NEW TELEPHONE SYSTEM WITHIN THE AUTHORITY OF THE SERVICE?

89 Section 71 of the Act and section 95 of the Regulations currently envisage the inmates' right to telephone communications "subject to such reasonable limits as are prescribed for protecting the security of the penitentiary or the safety of persons." These provisions are fully consistent with paragraphs 3(a) and (b), 4(a), (d) and (e) and 5(a), (b) and (c) of the Act. The material discloses that inmates were consulted prior to the implementation of the new telephone system in a manner consistent with section 74

d'approbation. Rien ne permet de conclure que le Service serait incapable d'aviser par écrit toutes les personnes dont le numéro figure sur la liste d'appels autorisés d'un détenu, ou l'une d'elles, que l'appel proviendra d'un établissement correctionnel et pourrait être relevé et enregistré. Cet avis écrit pourrait également donner aux destinataires prévus la possibilité de réagir en demandant que leur numéro soit supprimé de la liste d'appels autorisés. Évidemment, l'envoi de cet avis écrit par le Service ne servira à rien, en l'absence du message surimposé, si l'interlocuteur du détenu est quelqu'un d'autre que le propriétaire du numéro de téléphone autorisé. Toutefois, le résultat sera identique, même avec le message surimposé, si une personne vient à l'appareil pendant moins de dix minutes pendant l'intervalle entre deux messages. La preuve ne révèle l'existence d'aucun préjudice important, s'il en est, si cela devait arriver.

Le message surimposé est une expression forcée 88 et porte atteinte à la liberté d'expression des détenus. Son caractère envahissant ne contribue pas à la réalisation de l'objectif de réadaptation du nouveau système téléphonique. À mon avis, son contenu ne contribue pas d'une façon significative à réaliser les objectifs de prévention du Service et, dans la mesure où il le fait, il peut être communiqué par écrit aux personnes dont le numéro figure sur la liste d'appels autorisés. Pour ces motifs, je conclus que le message surimposé ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale et, par conséquent, n'est pas constitutionnellement acceptable.

LE NOUVEAU SYSTÈME TÉLÉPHONIQUE RELEVÉ-T-IL DES POUVOIRS CONFÉRÉS AU SERVICE?

L'article 71 de la Loi et l'article 95 du Règlement prévoient actuellement que les détenus ont le droit d'établir des communications téléphoniques «[d]ans les limites raisonnables fixées par règlement pour assurer la sécurité de quiconque ou du pénitencier». Ces dispositions sont entièrement compatibles avec les alinéas 3a) et b), 4a), d) et e) et 5a), b) et c) de la Loi. Le dossier révèle que les détenus ont été consultés avant l'installation du nouveau service téléphonique d'une manière compatible avec l'article 89

of the Act. For these and the other reasons I mention in this decision, I am satisfied that the applicants have failed to establish that the new telephone system exceeds the jurisdiction of the Service.

CONCLUSION

90 The monitoring of the telephone communications does not contravene any of the applicants' Charter rights. The authorized call list is an infringement of their right to the freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. I have found, however, that this infringement is saved by section 1.

91 I have concluded that the voice-over feature proposed for the new telephone system is constitutionally deficient. It is an infringement of paragraph 2(b) and one which is not justified by section 1. The application for judicial review will be granted in part. The interlocutory injunction issued in this proceeding will become final. In all other respects, the relief sought by the applicants is denied.

74 de la Loi. Pour ces motifs et pour les autres motifs que j'expose dans la présente décision, je suis convaincu que les requérants n'ont pas démontré que le nouveau système téléphonique outrepassé les pouvoirs du Service.

CONCLUSION

90 La surveillance de l'utilisation du système téléphonique au moyen du relevé des appels ne porte pas atteinte aux droits que la Charte accorde aux requérants. La liste d'appels autorisés porte atteinte à la liberté d'expression qui leur est garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. Je suis toutefois arrivé à la conclusion que cette atteinte est sauvegardée par l'article premier.

91 Je suis arrivé à la conclusion que le message surimposé proposé pour le nouveau système téléphonique est constitutionnellement défectueux. Il porte atteinte à l'alinéa 2b) et n'est pas justifié par l'article premier. La demande de contrôle judiciaire sera accueillie en partie. L'injonction interlocutoire décernée dans le cadre de la présente affaire deviendra permanente. À tous les autres égards, le redressement demandé par les requérants est refusé.