

A-1041-83

A-1041-83

**Glen Howard** (*Applicant*) (*Appellant*)

v.

**Presiding Officer of the Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Institution** (*Respondent*)

Court of Appeal, Thurlow C.J., Pratte and MacGuigan JJ.—Winnipeg, January 10; Ottawa, March 1, 1985.

*Penitentiaries — Disciplinary offences — Presiding Officer at Inmate Disciplinary Court denying request by inmate for representation by legal counsel — Procedural changes re disciplinary hearings not transforming disciplinary board into court — Procedure lacking fully adversarial character — Directives not having status of law — Amendments leading only to fairer version of model considered by Supreme Court of Canada in Martineau cases — Request for representation not matter of discretion but of right where circumstances indicate need — Presiding Officer's functions strictly limited — No authority as master of own procedure — Denial of request subject to supervisory jurisdiction of superior court — Appeal allowed — Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6, ss. 24 (rep. and sub. S.C. 1976-77, c. 53, s. 41), 24.1 (as added idem), 29 (as am. idem, s. 44) — Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, ss. 2, 38 (as am. by SOR/80-209), 38.1(1),(2)(as added idem), 39 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether s. 7 Charter affording inmate right to representation by legal counsel in prison disciplinary hearings — Right to counsel arising from necessity to afford inmate opportunity to adequately present case — S. 7 requiring fundamentally just procedure — Unnecessary to fulfil s. 7 requirement that right be recognized in all circumstances — Request for representation not matter of discretion but of right when circumstances indicate need — Seriousness of charges, points of law, capacity of inmate to present case, procedural difficulties, need for reasonable speed in adjudication and for fairness determining right to counsel — In instant case, risk of losing earned remission, lack of particulars re disciplinary offences, vagueness and complexity of charges suggesting need for counsel — Appeal allowed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 7 — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, ss. 1(a), 2(e) — U.S. Const., Amends. XIV, XV.*

**Glen Howard** (*requérant*) (*appelant*)

c.

**Président du tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement de Stony Mountain** (*intimé*)b Cour d'appel, juge en chef Thurlow, juges Pratte et MacGuigan—Winnipeg, 10 janvier; Ottawa, 1<sup>er</sup> mars 1985.

*Pénitenciers — Infractions disciplinaires — Le président du tribunal disciplinaire des détenus a rejeté la requête de l'intimé en vue d'être représenté par avocat — Les modifications apportées à la procédure en matière d'audiences disciplinaires n'ont pas fait du comité de discipline une cour — La procédure ne présente pas toutes les caractéristiques de la procédure accusatoire — Les directives n'ont pas force de loi — Les modifications n'ont amené qu'une version plus équitable du modèle examiné par la Cour suprême du Canada dans les affaires Martineau — Une requête en vue d'être représenté n'est pas une question de discrétion mais plutôt un droit lorsque les circonstances l'exigent — Les fonctions de président du tribunal disciplinaire font l'objet de limites strictes — Le président ne détient aucun pouvoir qui le rende maître de sa procédure — La décision de rejeter une telle requête est assujétie au pouvoir de surveillance des tribunaux supérieurs — Appel accueilli — Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 24 (abrogé et remplacé par S.C. 1976-77, chap. 53, art. 41), 24.1 (ajouté, idem), 29 (mod., idem, art. 44) — Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251, art. 2, 38 (mod. par DORS/80-209), 38.8(1),(2) (ajoutés, idem), 39 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 18, 28.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Il échet d'examiner si l'art. 7 de la Charte confère au détenu le droit d'être représenté par avocat à l'occasion d'une audience en matière de discipline carcérale — Le droit à la représentation par avocat découle de l'obligation d'accorder au détenu l'occasion de présenter adéquatement sa cause — L'art. 7 n'exige qu'une procédure fondamentalement équitable — Il n'est pas nécessaire, pour respecter l'exigence de l'art. 7, que ce droit soit reconnu en toutes circonstances — Une requête en vue d'être représenté par avocat n'est pas une question de discrétion mais plutôt un droit lorsque les circonstances l'exigent — Le droit à la représentation par avocat dépend de la gravité des accusations, des points de droit, de l'aptitude du détenu à se défendre lui-même, des difficultés en matière de procédure, de la nécessité d'obtenir une décision dans un délai raisonnablement court et du besoin d'équité — En l'espèce, le risque de perte de jours de réduction de peine méritée, l'absence de détails quant aux infractions disciplinaires de même que l'imprécision et la complexité des accusations témoignent du besoin de représentation par avocat — Appel accueilli — 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, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 7 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970,*

The appellant, an inmate of Stony Mountain Institution, was charged with disciplinary offences under section 39 of the *Penitentiary Service Regulations*. The charges were all classified as "serious or flagrant" offences pursuant to Commissioner's Directive No. 213. The appellant obtained Legal Aid counsel and applied to have counsel represent him at the disciplinary hearing. That request was denied by the Presiding Officer of the Inmate Disciplinary Court who held that section 7 of the Charter had not created a "new wave of rights" and that the circumstances of the case did not preclude a fair hearing in the absence of counsel. The Trial Division dismissed the appellant's application for prohibition on the grounds that at common law there existed no right to counsel and that section 7 had not conferred on the appellant a new right to such representation. The issue is whether section 7 of the Charter guarantees inmates the right to be represented by counsel at disciplinary hearings. The case also raises the issue whether procedural amendments (such as the appointment of presiding officers from outside the Correctional Service and the formality of the new procedure) changed the nature of the disciplinary proceedings as hitherto stated by the Supreme Court of Canada and transformed the disciplinary board into a court within the traditional sense.

*Held*, the appeal should be allowed.

*Per* Thurlow C.J. (Pratte J. concurring): The enactment of section 7 of the Charter has not created any absolute right to counsel. The standard to satisfy the procedural requirement of section 7 is that of a procedure that is fundamentally just. In that context, any right a person has to the assistance of counsel arises from the requirement to afford the person an opportunity to adequately present his case. It is not necessary in order to afford an inmate such an opportunity and thus to fulfil the requirement of section 7 to recognize in all circumstances his right to be represented by counsel in a disciplinary court. Whether or not a person has such a right depends on the circumstances of the particular case, its nature, its gravity, its complexity, the capacity of the inmate himself to understand the case and present his defence. The list is not exhaustive. From this it follows that an inmate's request for representation is not a matter of discretion, but a matter of right guaranteed by section 7 where the circumstances are such that the opportunity to present his case adequately calls for representation by counsel. Where the circumstances do not point to that conclusion a residual authority to permit counsel may nevertheless be exercisable by the appropriate official but that area is not within the purview of section 7.

Where the circumstances indicate the necessity for representation, not only is there no discretion to refuse the request for representation, but the authority to decide whether it is a case in which counsel must be allowed is not vested in the presiding officer of the disciplinary court. The latter's functions are strictly limited by subsections 24.1(2) of the *Penitentiary Act* and 38.1(2) of the *Regulations*. Commissioner's Directive No.

*Appendice III, art. 1a), 2e) — Constitution des E.-U., Amendements XIV, XV.*

L'appelant, détenu de l'établissement de Stony Mountain, a été accusé d'infractions disciplinaires en vertu de l'article 39 du *Règlement sur le service des pénitenciers*. Toutes ces accusations étaient qualifiées de «graves ou flagrantes» suivant la Directive du commissaire n° 213. L'appelant a obtenu les services d'un avocat de l'aide juridique et a demandé à être représenté par avocat à l'audience disciplinaire. Cette requête fut rejetée par le président du tribunal disciplinaire des détenus qui a déclaré que l'article 7 de la Charte n'avait pas créé un «nouvel ensemble de droits» et que les circonstances de l'espèce n'empêchaient pas la tenue d'une audition équitable en l'absence d'un avocat. La Division de première instance a rejeté la demande de l'appelant en vue d'obtenir un bref de prohibition aux motifs qu'il n'existait pas en vertu de la *common law* de droit à la représentation par avocat et que l'article 7 n'avait conféré à l'appelant aucun droit nouveau à une telle représentation. La question qui se pose est celle de savoir si l'article 7 de la Charte garantit aux détenus le droit d'être représentés par avocat aux audiences disciplinaires. L'espèce soulève également la question de savoir si les modifications apportées à la procédure (telles que la nomination de présidents choisis à l'extérieur du Service correctionnel et le formalisme entourant la nouvelle procédure) ont changé la nature des procédures disciplinaires telle qu'énoncée jusqu'ici par la Cour suprême du Canada et transformé le comité de discipline en une cour au sens traditionnel du terme.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli.

Le juge en chef Thurlow (avec l'appui du juge Pratte): L'adoption de l'article 7 de la Charte n'a créé aucun droit absolu d'être représenté par avocat. La norme à respecter pour répondre aux exigences de l'article 7 en matière de procédure est une procédure qui soit fondamentalement équitable. Dans ce contexte, le droit d'une personne à l'assistance d'un avocat découle de l'obligation d'accorder à cette personne l'occasion d'exposer adéquatement sa cause. Il n'est pas nécessaire, afin d'offrir au détenu une telle occasion et donc afin de respecter l'exigence de l'article 7, de reconnaître en toutes circonstances son droit d'être représenté par avocat devant un tribunal disciplinaire. La question de savoir si oui ou non une personne a un tel droit dépend des circonstances de l'espèce, de sa nature, de sa gravité, de sa complexité, de l'aptitude du détenu lui-même à comprendre la cause et à présenter sa défense. Cette liste n'est pas exhaustive. Il s'ensuit donc que la requête d'un détenu en vue d'être représenté par avocat n'est pas une question de discrétion, mais un droit garanti par l'article 7 lorsque les circonstances sont telles que la possibilité d'exposer adéquatement la cause du détenu exige la représentation par avocat. Lorsque les circonstances ne mènent pas à cette conclusion, le fonctionnaire responsable dispose néanmoins d'un pouvoir résiduaire lui permettant d'autoriser la présence d'un avocat, mais ce point n'entre pas dans le champ d'application de l'article 7.

Lorsque les circonstances laissent voir la nécessité de la représentation par avocat, non seulement il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire permettant de refuser la requête en représentation, mais le président du tribunal disciplinaire n'est même pas habilité à décider s'il s'agit d'un cas auquel la représentation par avocat doit être accordée. Les fonctions de ce dernier font l'objet de limites strictes imposées par les

213, which is an administrative directive, instructs the presiding officer as to how his duties, including that of conducting the hearing, are to be carried out, and Annex "A" to the Directive contains a provision that forbids him to permit counsel. It cannot be said therefore that the presiding officer has authority as master of his own procedure to permit counsel or to adjudicate on the right of an inmate to counsel. His denial of a request for representation cannot prevent a superior court in the exercise of its supervisory jurisdiction from determining the question on its own.

In the instant case, the appellant's request could not have been lawfully refused. The fact that his 267 days of earned remission were in jeopardy, that there existed a lack of particulars with respect to the disciplinary offences, and that one of the charges, i.e. conduct calculated to prejudice discipline and good order, is a notoriously vague and difficult charge to defend, suggest the need for counsel. Moreover, in a social system which recognizes the right of anyone to counsel in any of the ordinary courts of law for the defence of any charge, it would be incongruous to deny such a right to a person who, though not suffering from any physical or mental incapacity to defend himself, is faced with charges having such grave consequences.

*Per MacGuigan J.*: It would be excessive to view the procedural changes affecting disciplinary hearings as having created a court. There is no prosecution in the strict sense and no prosecuting officer. The whole procedure lacks a fully adversarial character. Moreover, the new procedural structure is still incomplete in its legality: the use of presiding officers remains optional and the Commissioner's Directives, which are the only provisions dealing with the conduct of hearings, do not have the status of law. Legally speaking, the amendments have led only to a fairer version of the same basic model considered by the Supreme Court of Canada in the two *Martineau* cases.

The standard enunciated in section 7 is the right not to be deprived of the right to liberty "except in accordance with the principles of fundamental justice". Fundamental justice requires that an accused be given "the opportunity adequately to state his case" as stated by Fauteux C.J.C. in the case of *Duke v. The Queen*. While the Charter has not created a new right (representation by legal counsel) it has nevertheless enhanced the requirement of an adequate opportunity of answering a charge. Whether this necessitates representation by counsel in any set of circumstances can be determined only by a full analysis of the circumstances. Webster J. in the English case of *Tarrant* enumerated six considerations to be taken into account in relation to the right to counsel: (1) the seriousness of the charge; (2) whether any points of law are likely to arise; (3) the capacity of a particular prisoner to present his own case; (4) procedural difficulties; (5) the need for reasonable speed in adjudication; (6) the need for fairness as between prisoners and as between prisoners and prison officers. (The third consideration, however, meets with disapproval: no presiding officer could be in a position, at the outset

paragraphes 24.1(2) de la *Loi sur les pénitenciers* et 38.1(2) du Règlement. La Directive du commissaire n° 213, qui est une directive de nature administrative, indique au président du tribunal comment il doit accomplir ses fonctions, y compris celle de diriger l'audition, et elle renferme à son annexe «A» une disposition interdisant au président d'autoriser la représentation par avocat. Il n'est donc pas possible d'affirmer que le président du tribunal est investi d'un pouvoir qui le rendrait maître de sa procédure et l'autoriserait ainsi à permettre la représentation par avocat ou à se prononcer sur le droit d'un détenu représenté par avocat. Le refus qu'il pourrait opposer à une requête en vue d'être représenté par avocat ne peut empêcher un tribunal supérieur de se prononcer, dans l'exercice de son pouvoir de surveillance, sur cette question.

En l'espèce, la requête de l'appelant ne pouvait, à bon droit, être refusée. Le fait qu'il risquait de perdre ses 267 jours de réduction de peine méritée, l'absence de détails quant aux infractions disciplinaires et le fait que l'une des trois accusations, soit celle d'avoir agi de manière à nuire à la discipline et au bon ordre, constitue un chef d'accusation notoirement vague et difficile à contester, témoignent de la nécessité de la représentation par avocat. En outre, dans une société qui reconnaît le droit de tout individu d'être représenté par un avocat devant toutes les cours de justice ordinaires afin de se défendre contre toute accusation, il semble absurde de refuser ce droit à une personne qui, bien que ne souffrant d'aucun handicap physique ou mental l'empêchant de se défendre, fait néanmoins face à des accusations emportant d'aussi graves conséquences.

Le juge MacGuigan: Il serait excessif de considérer que les modifications apportées à la procédure régissant les audiences disciplinaires ont eu pour effet de créer une cour. Il n'y a pas de poursuites au sens strict du terme ni de poursuivant. Cette procédure ne présente pas toutes les caractéristiques de la procédure accusatoire. Qui plus est, cette nouvelle procédure n'a pas encore été entièrement établie par la loi: la nomination de présidents demeure facultative et les Directives du commissaire, qui sont les seules dispositions traitant de la conduite des auditions, n'ont pas force de loi. Juridiquement, les modifications n'ont amené qu'une version plus équitable du même modèle de base examiné par la Cour suprême du Canada dans les deux affaires *Martineau*.

La norme énoncée par l'article 7 est le droit de n'être privé du droit à sa liberté «qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». La justice fondamentale exige qu'il soit donné à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause» comme l'a énoncé le juge Fauteux, juge en chef du Canada, dans l'arrêt *Duke c. La Reine*. La Charte ne crée aucun droit nouveau, mais elle vient étendre la portée de l'exigence concernant l'occasion adéquate de répondre à une accusation. Pour ce qui est de la question de savoir si ce droit rend nécessaire la représentation par avocat en toutes circonstances, elle ne peut être décidée qu'au moyen d'une analyse complète des circonstances de l'affaire. Le juge Webster dans l'arrêt anglais *Tarrant* a énuméré six points dont il faut tenir compte relativement au droit à la représentation par avocat: (1) la gravité de l'accusation; (2) la probabilité que soient soulevés des points de droit; (3) l'aptitude du détenu à exposer lui-même sa cause; (4) les difficultés en matière de procédure; (5) la nécessité d'obtenir une décision dans un délai raisonnablement court; (6) le besoin d'équité entre les prisonniers et entre ceux-ci et les fonctionnaires de la prison. (Cependant, le troisième point ne

of the disciplinary proceedings, to make a summary judgment of the capacity of an inmate to present his case before having heard the inmate.) The need for counsel in a case of a possible forfeiture of earned remission is so strong that it amounts effectively to a presumption in favour of counsel, a departure from which a presiding officer would have to justify.

What section 7 requires is that an inmate be allowed counsel when to deny his request would infringe his right to fundamental justice. The existence of the right admittedly depends on the facts. The presiding officer's authority cannot prevent a reviewing court from substituting its own view if it is clearly satisfied that the exercise of the presiding officer's discretion was wrong. In this case, the presiding officer in expressing the opinion that section 7 "[did] not create a new wave of rights nor [did] it elevate any greater degree of responsibility by an administrative tribunal such as the Inmate Disciplinary Board" has misunderstood the effect of the Charter. The Charter does modify the previous understanding of the law and in so doing it does affect even purely administrative proceedings. The appellant was thus clearly deprived of the protection of a fundamental principle of justice in violation of section 7.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Mingo et al.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (B.C.S.C.).

##### CONSIDERED:

*Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board* (No. 1), [1978] 1 S.C.R. 118; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board* (No. 2), [1980] 1 S.C.R. 602; *Fraser v. Mudge*, [1975] 1 W.L.R. 1132 (Eng. C.A.); *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Tarrant*, [1984] 2 W.L.R. 613 (Eng. Q.B.D.); *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974); *Re Davidson and Disciplinary Board of Prison for Women et al.* (1981), 61 C.C.C. (2d) 520 (F.C.T.D.); *Blanchard v. Disciplinary Board of Millhaven Institution et al.*, [1983] 1 F.C. 309; 69 C.C.C. (2d) 171 (T.D.); *Joplin v. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52 (B.C.S.C.); *R. v. Cadettu* (1982), 3 C.R.R. 312 (Ont. H.C.); *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; 8 C.R.R. 193; *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972); *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U.S. 778 (1973); *Pett v. Greyhound Racing Association, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545 (C.A.); *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *In re Prisons Act and in re Pollard et al.*, judgment dated February 20, 1980, Supreme Court of Newfoundland, file no. 1355, not reported.

peut être admis: aucun président de tribunal ne serait en mesure au début des procédures disciplinaires de rendre un jugement sommaire sur l'aptitude d'un détenu à exposer sa cause avant même d'avoir entendu ce dernier.) La probabilité qu'il faille faire appel aux services d'un avocat dans un cas **a** laissant entrevoir l'éventualité d'une déchéance de réduction de peine méritée est telle qu'elle équivaut en réalité à une présomption en faveur de la représentation par avocat et que le président du tribunal se devrait de justifier toute entorse à cette présomption.

**b** L'article 7 exige qu'on accorde à un détenu le droit d'être représenté par avocat lorsque le fait de refuser sa requête en ce sens violerait son droit à la justice fondamentale. L'existence de ce droit dépend des faits. Le pouvoir dont dispose le président du tribunal n'empêche pas une cour exerçant son pouvoir de contrôle de substituer sa propre décision à celle de ce dernier si elle est convaincue que le pouvoir discrétionnaire du président a **c** été exercé de façon erronée. En l'espèce, le président du tribunal a mal saisi les effets de la Charte lorsqu'il s'est dit d'avis que l'article 7 «ne crée pas un nouvel ensemble de droits et n'éleve pas à un plus haut degré la responsabilité d'un tribunal administratif comme le comité de discipline». La Charte a bel **d** et bien modifié l'interprétation antérieure du droit et ce faisant, elle influe même sur les procédures de nature purement administrative. L'appelant a donc manifestement été privé de la protection d'un principe de justice fondamentale en contravention de l'article 7.

#### e JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. v. Mingo et al.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (C.S.C.-B.).

**f**

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui* (N° 1), [1978] 1 R.C.S. 118; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui* (N° 2), [1980] 1 R.C.S. 602; *Fraser v. Mudge*, [1975] 1 W.L.R. 1132 (C.A. Angl.); *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Tarrant*, [1984] 2 W.L.R. 613 (Q.B.D. Angl.); *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974); *Re Davidson et un comité de discipline de la prison des femmes et autre* (1981), 61 C.C.C. (2d) 520 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Blanchard c. Le Comité de discipline de l'établissement de Millhaven et autre*, [1983] 1 C.F. 309; 69 C.C.C. (2d) 171 (1<sup>re</sup> inst.); *Joplin v. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52 (C.S.C.-B.); *R. v. Cadettu* (1982), 3 C.R.R. 312 (H.C. Ont.); *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; 8 C.R.R. 193; *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972); *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U.S. 778 (1973); *Pett v. Greyhound Racing Association, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545 (C.A.); *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *In re Prisons Act and in re Pollard et al.*, jugement en date du 20 février 1980, Cour suprême de Terre-Neuve, n° du greffe 1355, non publié.

## REFERRED TO:

*Minott v. Presiding Officer of the Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Penitentiary et al.*, [1982] 1 F.C. 322 (T.D.); *The Queen, et al. v. Operation Dismantle, Inc., et al.*, [1983] 1 F.C. 745 (C.A.); *In re Husted and in re the Royal Canadian Mounted Police Act*, [1981] 2 F.C. 791; 58 C.C.C. (2d) 156 (T.D.); *Re Swan and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 130 (B.C.S.C.); *R. v. Nunery* (1983), 5 C.R.R. 69 (Ont. H.C.); *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218; 6 C.R.R. 89 (T.D.); *R. v. Sibley* (1982), 4 C.R.R. 166 (N.S. Co. Ct.); *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (Que. S.C.); *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (B.C. Prov. Ct.); *Re Balderstone et al. and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 37 (Man. Q.B.); *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308 (1976); *General Medical Council v. Spackman*, [1943] A.C. 627 (H.L.); *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.); *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.); *Quebec Association of Protestant School Boards et al. v. Attorney General of Quebec et al.* (No. 2) (1982), 140 D.L.R. (3d) 33 (Que. S.C.), affirmed (1983) 1 D.L.R. (4th) 573 (Que. C.A.).

## COUNSEL:

*Judy Elliott and Arne Peltz* for applicant (appellant).

*Brian H. Hay* for respondent.

## SOLICITORS:

*Legal Aid Manitoba, Ellen Street Community Legal Services*, Winnipeg, for applicant (appellant).

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

THURLOW C.J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division [(1983), 8 C.C.C. (3d) 557] which dismissed the appellant's application for an order prohibiting the respondent from continuing or concluding the hearing of certain charges against the appellant under section 39 of the *Penitentiary Service Regulations* [C.R.C., c. 1251] in the absence of legal counsel as requested by the appellant. The issue in the appeal is whether the request of the appellant was unlawfully refused.

As presented it is a narrow issue.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Minott c. Le président du tribunal disciplinaire des détenus du pénitencier de Stony Mountain et autre*, [1982] 1 C.F. 322 (1<sup>re</sup> inst.); *La Reine, et autres c. Operation Dismantle Inc., et autres*, [1983] 1 C.F. 745 (C.A.); *In re Husted et in re la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, [1981] 2 C.F. 791; 58 C.C.C. (2d) 156 (1<sup>re</sup> inst.); *Re Swan and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 130 (C.S. C.-B.); *R. v. Nunery* (1983), 5 C.R.R. 69 (H.C. Ont.); *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218; 6 C.R.R. 89 (1<sup>re</sup> inst.); *R. v. Sibley* (1982), 4 C.R.R. 166 (C. cté N.-É.); *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (C.S. Qc); *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (C.P. C.-B.); *Re Balderstone et al. and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 37 (B.R. Man.); *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308 (1976); *General Medical Council v. Spackman*, [1943] A.C. 627 (H.L.); *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.); *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.); *Quebec Association of Protestant School Boards et al. v. Attorney General of Quebec et al.* (N<sup>o</sup> 2) (1982), 140 D.L.R. (3d) 33 (C.S. Qc), confirmée à (1983) 1 D.L.R. (4th) 573 (C.A. Qc).

## AVOCATS:

*Judy Elliott et Arne Peltz* pour le requérant (appellant).

*Brian H. Hay* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*Legal Aid Manitoba, Ellen Street Community Legal Services*, Winnipeg, pour le requérant (appellant).

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE EN CHEF THURLOW: Appel est interjeté en l'espèce d'un jugement de la Division de première instance [(1983), 8 C.C.C. (3d) 557] qui a rejeté la demande de l'appellant sollicitant une ordonnance interdisant à l'intimé de continuer ou de conclure, en l'absence de l'avocat réclamé par l'appellant, l'audition de certaines accusations portées contre lui en vertu de l'article 39 du *Règlement sur le service des pénitenciers* [C.R.C., chap. 1251]. La question en litige dans le présent appel consiste à déterminer si la requête de l'appellant a été illégalement refusée.

Ainsi présentée, il s'agit d'une question limitée.

The appellant does not claim a right to have counsel provided for him. Indeed, having had counsel available, he did not even seek a postponement to obtain counsel. On the other hand, it was not disputed by counsel for the respondent that the Disciplinary Court has authority and indeed a duty to permit counsel to conduct the defence of an accused inmate where to deny it would breach the obligation to deal fairly with him. This was referred to as a "discretion" vested in the Presiding Officer. In so far as the appellant's entitlement to representation by counsel is subject to denial by the exercise of a discretion there was no attack by the appellant either before the Trial Division or on the appeal on the exercise by the Disciplinary Court of such discretion by denying the appellant's request. What is in issue is thus solely whether the appellant had an undeniable right to counsel and more particularly whether section 7<sup>1</sup> 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.)] guaranteed him that right.

At the material time the appellant was an inmate of Stony Mountain Institution serving a sentence of two years and four months. On December 31, 1982, he was involved in incidents with officers of the institution as a result of which five charges were laid against him under section 39 of the *Penitentiary Service Regulations*. These were, possessing contraband, using indecent or disrespectful language to another person, an act calculated to prejudice discipline or good order of the institution, disobeying a lawful order of a penitentiary officer, and threatening to assault another person. The record does not disclose particulars of the charges other than that the first three occurred at 08.40 hours, the fourth at 09.00 hours, and the fifth at 09.20 hours, all on December 31, 1982. On January 6, 1983, the appellant appeared before a presiding officer and entered pleas of guilty to the charges of possessing contraband and disobeying a

<sup>1</sup> 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.

L'appelant ne prétend pas qu'il a droit à ce qu'on lui fournisse un avocat. En fait, ayant déjà retenu les services d'un avocat, il n'a même pas demandé d'ajournement à cette fin. Par ailleurs, l'avocat de l'intimé n'a pas contesté le fait que le tribunal disciplinaire a le pouvoir et en fait le devoir de permettre à un avocat de mener la défense d'un détenu faisant l'objet d'une accusation, dans les cas où, en le refusant, le tribunal manquerait à l'obligation qui lui est faite de traiter équitablement le détenu. On a dit qu'il s'agissait là d'un [TRADUCTION] «pouvoir discrétionnaire» dévolu au président. Dans la mesure où le droit de l'appelant d'être représenté par un avocat peut lui être refusé par suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard, l'appelant n'a aucunement contesté, ni devant la Division de première instance ni en appel, l'exercice par le tribunal disciplinaire de ce pouvoir pour lui refuser sa requête. Le litige se limite donc seulement à la question de savoir si l'appelant avait le droit incontestable d'être représenté par avocat et, plus particulièrement, si l'article 7<sup>1</sup> 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, chap. 11 (R.-U.)] lui garantissait ce droit.

À l'époque pertinente, l'appelant était détenu à l'établissement de Stony Mountain où il purgeait une peine d'emprisonnement de deux ans et quatre mois. Le 31 décembre 1982, il fut impliqué dans certains incidents avec des fonctionnaires de l'établissement, à la suite desquels cinq accusations furent portées contre lui en vertu de l'article 39 du *Règlement sur le service des pénitenciers*. Il fut accusé d'avoir eu de la contrebande en sa possession, d'avoir tenu des propos indécents ou irrespectueux envers autrui, d'avoir commis un acte propre à nuire à la discipline ou au bon ordre de l'établissement, d'avoir désobéi à un ordre légitime d'un fonctionnaire du pénitencier et d'avoir menacé de se livrer à des voies de fait sur la personne d'autrui. Concernant ces accusations, le dossier révèle seulement que les événements y ayant donné lieu sont tous survenus le 31 décembre 1982, les trois premiers à 8 h 40, le quatrième à 9 h et le cin-

<sup>1</sup> 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.

lawful order and pleas of not guilty on the remaining three charges.

**Editor's Note:** *The affidavit of Glen Howard, the appellant herein, dated May 10, 1983 and filed in the Trial Division of the Federal Court on May 12, 1983, contains the following paragraphs:*

3. THAT on December 31st, 1982 I was involved in certain incidents with officers employed at the Stony Mountain Institution. As a result, the following charges were laid against me under Section 39 of the Penitentiary Service Regulations:

- (i) threatens to assault another person;
- (ii) is indecent or disrespectful in his language or writing towards another person;
- (iii) does any act that is calculated to prejudice the discipline or good order of the institution;
- (iv) has contraband in his possession;
- (v) disobeys the lawful order of a penitentiary officer.

5. THAT on January 6th, 1983, I appeared before the Presiding Officer of the Inmate Disciplinary Court. I entered pleas of not guilty to the first three charges referred to in paragraph 3 herein and guilty pleas to the latter two charges referred to in paragraph 3 herein.

*The reasons for judgment of the Trial Judge, Nitikman D.J., reported at (1983), 8 C.C.C. (3d) 557, read in part as follows (at pages 559-560):*

*Applicant is an inmate of Stony Mountain Institution whose mandatory release date is June 9, 1983, according to his affidavit. On December 31, 1982, he was involved in certain incidents with officers employed at the institution. As a result, the following charges were laid against him under s. 39 of the Penitentiary Service Regulations:*

- 39(i) has contraband in his possession, allegedly having occurred at 0840 hours on December 31, 1982;
- 39(g) is indecent, disrespectful or threatening in his actions, language or writing toward any other person, allegedly having occurred at 0840 hours on December 31, 1982;
- 39(k) does any act that is calculated to prejudice the discipline or good order of the Institution, allegedly having occurred at 0840 hours on December 31, 1982;
- 39(a) disobeys or fails to obey a lawful order of a penitentiary officer, allegedly having occurred at 0900 hours on December 31, 1982;

quième à 9 h 20. Le 6 janvier 1983, l'appelant a comparu devant le président du tribunal et a plaidé coupable sur les accusations de possession de contrebande et de désobéissance à un ordre légitime et enregistré des plaidoyers de non-culpabilité à l'égard des trois autres accusations.

**Note de l'arrêstiste:** *L'affidavit de l'appelant, Glen Howard, daté du 10 mai 1983 et déposé devant la Division de première instance de la Cour fédérale le 12 mai 1983, renferme les paragraphes suivants:*

[TRADUCTION] 3. LE 31 décembre 1982, j'ai été impliqué dans certains incidents avec des fonctionnaires de l'établissement de Stony Mountain. À la suite de ces incidents, les chefs d'accusation suivants furent déposés contre moi en vertu de l'article 39 du Règlement sur le service des pénitenciers:

- (i) avoir menacé de se livrer à des voies de fait sur la personne d'autrui;
- (ii) s'être comporté, par ses propos ou écrits, d'une façon indécente ou irrespectueuse;
- (iii) avoir commis un acte propre à nuire à la discipline ou au bon fonctionnement de l'établissement;
- (iv) avoir eu de la contrebande en sa possession;
- (v) avoir désobéi à un ordre légitime d'un fonctionnaire du pénitencier.

5. LE 6 janvier 1983, j'ai comparu devant le président du tribunal disciplinaire des détenus. J'ai enregistré un plaidoyer de non-culpabilité à l'égard des trois premières accusations mentionnées dans le troisième paragraphe du présent affidavit, et un plaidoyer de culpabilité à l'égard des deux dernières accusations mentionnées audit paragraphe.

*Les motifs de jugement du juge de première instance, le juge suppléant Nitikman, publiés à (1983), 8 C.C.C. (3d) 557, se lisent en partie comme suit (aux pages 559 et 560):*

*Le requérant est un détenu du pénitencier de Stony Mountain. Suivant son affidavit, sa mise en liberté obligatoire est fixée au 9 juin 1983. Le 31 décembre 1982, il a été impliqué dans certains incidents avec les fonctionnaires du pénitencier. Par la suite, les accusations suivantes ont été portées contre lui sur le fondement de l'art. 39 du Règlement sur le service des pénitenciers:*

- [TRADUCTION] 39i) avoir eu de la contrebande en sa possession le 31 décembre 1982, à 8 h 40;
- 39g) s'être comporté, le 31 décembre 1982, à 8 h 40, par ses actions, propos ou écrits, d'une façon indécente, irrespectueuse ou menaçante envers autrui;
- 39k) avoir commis, le 31 décembre 1982, à 8 h 40, un acte propre à nuire à la discipline ou au bon fonctionnement de l'établissement;
- 39a) avoir, le 31 décembre 1982, à 9 h, désobéi ou omis d'obéir à un ordre légitime d'un fonctionnaire du pénitencier;

39(b) assaults or threatens to assault another person, allegedly having occurred at 0920 hours on December 31, 1982;

The above offences were allegedly committed on December 31, 1982, the first three at the same time, and the last two, some short while later. He was subsequently charged under said s. 39 of the Penitentiary Service Regulations with one count of having contraband in his possession on January 4, 1983, and was also subsequently charged under said section with one count of failure to obey a lawful order of a penitentiary officer on January 18, 1983.

On January 6, 1983, applicant appeared before the presiding officer of the inmate disciplinary court and entered not guilty pleas on the first three charges above referred to and guilty pleas to the latter two charges. Disposition of the charges applicant pleaded guilty to was held in abeyance pending the determination of the balance of the charges. He later appeared before the presiding officer of the inmate disciplinary court and entered pleas of not guilty to the last two charges.

Disposition of the charges to which he pleaded guilty was held in abeyance pending determination of the remaining three charges. Subsequently, charges of having contraband on January 4, 1983, and failing to obey a lawful order on January 20, 1983, were laid. To these the appellant pleaded not guilty. All the charges were categorized under the Commissioner's Directive No. 213 as "serious" or "flagrant" offences. On February 3, 1983, by which time he had secured counsel, the appellant appeared before the Presiding Officer of the Inmate Disciplinary Court who thereupon adjourned the hearing in order to obtain written submissions from counsel for the appellant and for the Department of Justice on the request of the appellant to have counsel represent him at the hearing. The request was denied on April 11, 1983. The Presiding Officer held that section 7 of the Charter does not create "a new wave of rights" and, as he was not persuaded that there were circumstances in the particular case which precluded the possibility of a fair hearing in the absence of counsel, he exercised his discretion and denied the request.

The appellant's application for prohibition was then brought. It was refused on June 7, 1983, the learned Trial Judge holding that at common law the appellant did not have a right to be represented by counsel in such proceedings and that section 7 of the Charter had not conferred on the appellant

39b) s'être, le 31 décembre 1982, à 9 h 20, livré, ou avoir menacé de se livrer, à des voies de fait sur la personne d'autrui;

Ces infractions auraient été commises le 31 décembre 1982, les trois premières au même moment et les deux dernières quelques instants plus tard. Par la suite, le requérant a été accusé, en vertu de l'art. 39 du Règlement sur le service des pénitenciers, d'avoir eu de la contrebande en sa possession le 4 janvier 1983. Il a également été accusé, en vertu de cet article, d'avoir désobéi, le 18 janvier 1983, à un ordre légitime donné par un fonctionnaire du pénitencier.

Le 6 janvier 1983, le requérant a comparu devant le président du tribunal disciplinaire des détenus. Il a enregistré un plaidoyer de non-culpabilité à l'égard des trois premières accusations précitées et un plaidoyer de culpabilité à l'égard des deux dernières. La décision quant aux infractions dont le requérant s'était reconnu coupable a été remise à plus tard, en attendant la décision sur les autres chefs d'accusation. Le requérant a de nouveau comparu devant le président du tribunal disciplinaire des détenus et a plaidé non coupable aux deux dernières accusations.

La décision quant aux infractions dont il s'est reconnu coupable a été remise à plus tard, en attendant la décision sur les trois autres chefs d'accusation. Il a été accusé ultérieurement d'avoir eu en sa possession de la contrebande le 4 janvier 1983 et d'avoir refusé d'obéir à un ordre légitime le 20 janvier 1983. L'appelant a plaidé non coupable sur ces accusations. Toutes les accusations étaient qualifiées d'infractions «graves» ou «flagrantes» suivant la Directive du commissaire n° 213. Le 3 février 1983, date à laquelle il avait déjà retenu les services d'un avocat, l'appelant a comparu devant le président du tribunal disciplinaire des détenus qui a immédiatement ajourné l'audition dans le but d'obtenir les arguments écrits des avocats de l'appelant et du ministère de la Justice relativement à la requête présentée par l'appelant en vue d'être représenté par un avocat à l'audition. Le 11 avril 1983, sa requête a été rejetée. Le président du tribunal a déclaré que l'article 7 de la Charte ne créait pas [TRADUCTION] «un nouvel ensemble de droits» et, n'ayant pas été convaincu de l'existence, dans cette espèce, de circonstances pouvant empêcher la tenue d'une audition équitable en l'absence d'un avocat, il a exercé son pouvoir discrétionnaire et rejeté la requête.

L'appelant a par la suite présenté sa demande en vue d'obtenir un bref de prohibition. Cette demande lui a été refusée le 7 juin 1983, le savant juge de première instance ayant conclu que l'appelant n'avait pas, en vertu de la *common law*, le droit d'être représenté par un avocat dans de telles



any new right to such representation. He found no basis for disagreeing with the Presiding Officer's decision. The appellant thereupon brought this appeal.

On May 10, 1983, when the affidavit in support of the application for prohibition was sworn, the appellant had 267 days of earned remission standing to his credit and was due for release on mandatory supervision on June 9, 1983. The earned remission was subject to forfeiture in whole or in part as a result of the Disciplinary Court proceedings. Among other permissible punishments for serious or flagrant offences was solitary confinement, also referred to as punitive dissociation.

We were informed by counsel for the appellant that the hearing in the Inmate Disciplinary Court proceeded on June 9, 1983, when the appellant was found guilty on six of the seven counts and was sentenced to forfeiture of 70 days of his earned remission. As a prohibition can no longer be effective and as the sentence which the appellant was serving has long since expired, the matter has become academic and would ordinarily not be entertained. But, as counsel for the respondent, as well as for the appellant, urged upon the Court the importance, to both inmates and the penitentiary administration, of having a decision of this Court as to the right of inmates to counsel in such disciplinary proceedings and in particular as to the effect of section 7 of the Charter, the Court exercised its discretion to hear the matter on its merits.

At the material time the relevant provisions of the *Penitentiary Act* [R.S.C. 1970, c. P-6 (as am. by S.C. 1976-77, c. 53)] included:

#### EARNED REMISSION

24. (1) Subject to section 24.2, every inmate may be credited with fifteen days of remission of his sentence in respect of each month and with a number of days calculated on a pro rata basis in respect of each incomplete month during which he has applied himself industriously, as determined in accordance with any rules made by the Commissioner in that behalf, to the program of the penitentiary in which he is imprisoned.

procédures et que l'article 7 de la Charte n'avait conféré à l'appelant aucun droit nouveau à une telle représentation. Il n'a trouvé aucune raison d'aller à l'encontre de la décision du président du tribunal. L'appelant a immédiatement interjeté le présent appel.

Le 10 mai 1983, date de l'affidavit produit à l'appui de la demande sollicitant un bref de prohibition, l'appelant avait à son crédit 267 jours de réduction de peine méritée et devait être libéré sous surveillance obligatoire le 9 juin 1983. La réduction de peine méritée pouvait faire l'objet d'une déchéance totale ou partielle en raison des procédures intentées devant le tribunal disciplinaire. Parmi les autres peines pouvant être imposées par suite d'infractions graves ou flagrantes, figurait l'isolement cellulaire appelé également isolement disciplinaire.

L'avocat de l'appelant nous a appris que l'audition devant le tribunal disciplinaire des détenus a eu lieu le 9 juin 1983 et que, le même jour, l'appelant a été reconnu coupable de six des sept chefs d'accusation portées contre lui, le tribunal prononçant alors la perte de 70 jours de réduction de peine méritée. Comme le bref de prohibition ne peut plus être efficace et que l'appelant a fini depuis longtemps de purger sa peine d'emprisonnement, la question est devenue théorique et ne devrait pas normalement être instruite. Cependant, comme l'avocat de l'intimé et celui de l'appelant ont signalé à la Cour qu'il serait important, tant pour les détenus que pour l'administration des pénitenciers, que cette Cour se prononce sur le droit des détenus d'être représentés par avocat dans de telles procédures disciplinaires et, en particulier, sur l'effet de l'article 7 de la Charte, la Cour a décidé, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, d'entendre cette question au fond.

À l'époque en cause, les dispositions pertinentes de la *Loi sur les pénitenciers* [S.R.C. 1970, chap. P-6 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 53)] étaient les suivantes:

#### RÉDUCTION DE PEINE MÉRITÉE

24. (1) Sous réserve de l'article 24.2, chaque prisonnier bénéficie de quinze jours de réduction de peine pour chaque mois, et d'un nombre de jours calculés au prorata pour chaque partie de mois, passés à s'adonner assidûment, comme le prévoient les règles établies à cet effet par le commissaire, au programme du pénitencier où il est emprisonné.

(2) The first credit of remission pursuant to subsection (1) shall be made not later than the end of the month next following the month the inmate is received into a penitentiary, or, if he had been so received before the coming into force of this subsection, not later than the end of the month next following the month in which this subsection comes into force and thereafter a credit of remission shall be made at intervals of not more than three months.

24.1 (1) Every inmate who, having been credited with earned remission, is convicted in disciplinary court of any disciplinary offence is liable to forfeit, in whole or in part, the earned remission that stands to his credit and that accrued after the coming into force of this section, but no such forfeiture of more than thirty days shall be valid without the concurrence of the Commissioner or an officer of the Service designated by him, or more than ninety days without the concurrence of the Minister.

(2) The Governor in Council may make regulations providing for the appointment by him or by the Minister of a person to preside over a disciplinary court, prescribing the duties to be performed by such a person and fixing his remuneration.

#### REGULATIONS AND RULES

29. (1) The Governor in Council may make regulations

- (a) for the organization, training, discipline, efficiency, administration and good government of the Service;
- (b) for the custody, treatment, training, employment and discipline of inmates;

(2) The Governor in Council may, in any regulations made under subsection (1) other than paragraph (b) thereof, provide for a fine not exceeding five hundred dollars or imprisonment for a term not exceeding six months, or both, to be imposed upon summary conviction for the violation of any such regulation.

(3) Subject to this Act and any regulations made under subsection (1), the Commissioner may make rules, to be known as Commissioner's directives, for the organization, training, discipline, efficiency, administration and good government of the Service, and for the custody, treatment, training, employment and discipline of inmates and the good government of penitentiaries.

Under the heading CUSTODY AND TRAINING OF INMATES the *Penitentiary Service Regulations* [as am. by SOR/80-209] included:

38. (1) The institutional head of each institution is responsible for the disciplinary control of inmates confined therein.

(2) No inmate shall be punished except pursuant to

- (a) an order of the institutional head or an officer designated by the institutional head; or
- (b) an order of a disciplinary court.

(2) Une première réduction de peine, accordée en vertu du paragraphe (1), a lieu au plus tard à la fin du mois qui suit celui où le détenu a été écroué ou, si avant que le présent paragraphe n'entre en vigueur, il avait déjà été ainsi écroué, au plus tard à la fin du mois qui suit celui de cette entrée en vigueur; par la suite une semblable réduction est accordée au moins à tous les trois mois.

24.1 (1) Les détenus bénéficiaires d'une réduction de peine méritée qui sont déclarés coupables par un tribunal disciplinaire d'avoir contrevenu à la discipline sont déçus, en tout ou en partie, de leur droit, acquis après l'entrée en vigueur du présent article, aux réductions de peine méritées inscrites à leur actif; mais une telle déchéance, lorsque supérieure à trente jours de réduction de peine, n'est valide que si elle rencontre l'assentiment du commissaire ou du fonctionnaire du Service qu'il a désigné à cette fin ou, lorsque supérieure à quatre-vingt-dix jours, du Ministre.

(2) Le gouverneur en conseil peut faire des règlements pour prévoir la nomination que lui ou le Ministre peut faire d'un président pour chaque tribunal disciplinaire, pour prescrire les fonctions de ce président et fixer sa rémunération.

#### RÈGLEMENTS ET RÈGLES

29. (1) Le gouverneur en conseil peut édicter des règlements

- a) relatifs à l'organisation, l'entraînement, la discipline, l'efficacité, l'administration et la direction judiciaire du Service;
- b) relatifs à la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus;

(2) Le gouverneur en conseil peut, dans tous règlements édictés sous le régime du paragraphe (1) sauf son alinéa b), prévoir une amende d'au plus cinq cents dollars ou un emprisonnement d'au plus six mois, ou à la fois l'amende et l'emprisonnement susdits, à infliger sur déclaration sommaire de culpabilité pour la violation de tous semblables règlements.

(3) Sous réserve de la présente loi et de tous règlements édictés sous le régime du paragraphe (1), le commissaire peut établir des règles, connues sous le nom d'Instructions du commissaire, concernant l'organisation, l'entraînement, la discipline, l'efficacité, l'administration et la direction judiciaire du Service, ainsi que la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus et la direction judiciaire des pénitenciers.

Sous la rubrique GARDE ET TRAITEMENT DES DÉTENUS du *Règlement sur le service des pénitenciers* [mod. par DORS/80-209] on trouvait notamment les dispositions suivantes:

38. (1) Il incombe au chef de chaque institution de maintenir la discipline parmi les détenus incarcérés dans cette institution.

(2) Un détenu n'est puni que

- a) sur l'ordre du chef de l'institution ou d'un fonctionnaire désigné par le chef de l'institution; ou
- b) sur l'ordre d'un tribunal disciplinaire.

(3) Where an inmate is convicted of a disciplinary offence the punishment shall, except where the offence is flagrant or serious, consist of loss of privileges.

(4) The punishment that may be ordered for a flagrant or serious disciplinary offence shall consist of one or more of the following:

- (a) forfeiture of statutory remission or earned remission or both;
- (b) dissociation for a period not exceeding thirty days;
- (c) loss of privileges.

38.1 (1) The Minister may appoint a person to preside over a disciplinary court.

- (2) A person appointed pursuant to subsection (1) shall
  - (a) conduct the hearing;
  - (b) consult, in the presence of the accused inmate, with two officers designated by the institutional head;
  - (c) determine the guilt or innocence of an accused inmate appearing before him; and
  - (d) on finding an accused inmate guilty, order such punishment authorized by these Regulations as he deems suitable.

39. Every inmate commits a disciplinary offence who

- (a) disobeys or fails to obey a lawful order of a penitentiary officer,
- (b) assaults or threatens to assault another person,

(g) is indecent, disrespectful or threatening in his actions, language or writing toward any other person,

(i) has contraband in his possession,

(k) does any act that is calculated to prejudice the discipline or good order of the institution,

Commissioner's Directive No. 213 included:

5. OFFICERS DESIGNATED TO HEAR CHARGES AND AWARD PUNISHMENT

- c. Where an independent chairperson has been appointed, that chairperson shall be assigned by the institutional director to hear charges and award punishment in all cases of serious or flagrant offences.
- d. Where an independent chairperson has not been appointed, the persons designated to award punishment for serious or flagrant offences shall not be below the level of assistant director.

12. HEARING OF CHARGES FOR SERIOUS OR FLAGRANT OFFENCES

(3) Si un détenu est trouvé coupable d'un manquement à la discipline, la peine consiste, sauf en cas d'infraction flagrante ou grave, en la perte de privilèges.

(4) Le détenu qui commet une infraction flagrante ou grave à la discipline est passible de l'une ou plusieurs des peines suivantes:

- a) de la perte de la réduction statutaire de peine ou de la réduction de peine méritée, ou des deux;
- b) de l'interdiction de se joindre aux autres pendant une période d'au plus trente jours;
- c) de la perte de privilèges.

38.1 (1) Le Ministre peut nommer une personne pour présider un tribunal disciplinaire.

- (2) La personne nommée selon le paragraphe (1) doit
  - a) diriger l'audition;
  - b) consulter, en la présence du détenu accusé, deux fonctionnaires désignés par le chef de l'institution;
  - c) déterminer l'innocence ou la culpabilité du détenu accusé qui comparait devant elle; et
  - d) à la suite d'un verdict de culpabilité, ordonner l'imposition de la peine qu'elle juge appropriée, conformément au présent règlement.

39. Est coupable d'une infraction à la discipline, un détenu qui

- a) désobéit ou omet d'obéir à un ordre légitime d'un fonctionnaire du pénitencier;
- b) se livre, ou menace de se livrer, à des voies de fait sur la personne d'un autre;

(g) se comporte, par ses actions, propos ou écrits, d'une façon indécente, irrespectueuse ou menaçante envers qui que ce soit;

(i) a de la contrebande en sa possession;

(k) commet un acte propre à nuire à la discipline ou au bon ordre de l'institution;

La Directive du commissaire n° 213 renfermait les dispositions suivantes:

5. FONCTIONNAIRES CHARGÉS D'ENTENDRE LES CAUSES ET D'IMPOSER LES PEINES

- c. Dans le cas où un président indépendant a été nommé, ce président sera assigné par le directeur de l'établissement pour entendre les causes et imposer les peines dans tous les cas d'infractions graves ou flagrantes.
- d. Dans le cas où un président indépendant n'a pas été nommé, les personnes désignées pour imposer les peines dans les cas d'infractions graves ou flagrantes seront au moins au niveau de directeur adjoint.

12. L'AUDITION DES INFRACTIONS GRAVES OU FLAGRANTES

a. A person designated by the institutional director shall hear all charges for serious or flagrant offences and, if the inmate is found guilty, shall decide the appropriate punishment. Two staff members shall be appointed to attend a hearing, but their role shall be as advisers only.

a

b. The hearing of a charge shall commence, as far as is practicable, within seven working days from the date the charge was laid, unless a justifiable reason warrants delay, but may, when circumstances require, be adjourned from time to time.

b

c. No finding shall be made against an inmate charged under section 2.29 of the PSR for a serious or flagrant offence unless the inmate:

(1) has received written notice of the charge in sufficient detail so that he may direct his mind to the occasion and events upon which the charge is made, and a summary of the evidence alleged against him;

c

(2) has received the written notice and summary referred to in paragraph (1) at least 24 hours prior to the beginning of the hearing, so that he has reasonable time to prepare his defence;

d

(3) has appeared personally at the hearing so that the evidence against him was given in his presence;

(4) has been given an opportunity to make his full answer and defence to the charge, including the introduction of relevant documents, and the questioning and cross-examination of the witnesses which shall be done through the presiding person. The inmate is entitled to call witnesses on his own behalf, except that, where the request for the attendance of any such witness is believed to be frivolous or vexatious, the presiding person may refuse to have such witness called and shall advise the inmate of the reason for the refusal in writing.

e

f

d. The decision as to the guilt or innocence shall be based solely on the evidence produced at the hearing and, if a conviction is to be registered, it can only be on the basis that, after a fair and impartial weighing of the evidence, there is no reasonable doubt as to the guilt of the accused.

g

### 13. AWARDING PUNISHMENT

h

(5) When the award of punishment is one of forfeiture of statutory or earned remission, under no circumstances shall this punishment be suspended.

And Annex "A" to Directive No. 213 included:

### 12. MISCELLANEOUS

a. Occasions have arisen where an accused has made formal or informal demands that he be represented by counsel. Such demands shall be met with the response that he is not entitled to counsel, and that the hearing will proceed without the accused person being represented.

j

a. Une personne désignée par le directeur de l'établissement fera l'audition de toutes les causes correspondant à des infractions graves ou flagrantes et, si la culpabilité du détenu est établie, elle imposera une peine appropriée. Deux membres du personnel peuvent être désignés pour assister à l'audition, mais leur rôle ne sera que consultatif.

b. L'audition d'une cause doit être ouverte, dans la mesure du possible, dans les sept jours ouvrables qui suivent la date à laquelle l'infraction a été rapportée, à moins qu'une raison en justifie le délai, mais elle peut, lorsque les circonstances l'exigent, être ajournée au besoin.

c. On ne prononcera aucun verdict contre un détenu accusé d'une infraction grave ou flagrante en vertu de l'article 2.29 du RSP à moins:

(1) qu'il ait reçu un avis écrit qui soit assez détaillé pour lui permettre de se remémorer le moment où la présumée infraction a été commise, ainsi que les événements qui s'y rapportent, et un sommaire des preuves que l'on possède contre lui;

(2) qu'il ait reçu l'avis écrit et le résumé dont il est fait mention au paragraphe (1) au moins 24 heures avant l'ouverture de l'audition, de façon à ce qu'il ait eu suffisamment de temps pour préparer sa défense;

(3) qu'il ait comparu en personne à l'audition de façon à ce que les accusations portées contre lui le soient en sa présence;

(4) qu'on lui ait donné la possibilité de dire tout ce qu'il y avait à dire pour sa défense, y compris la production de documents connexes, et que l'auditeur de la cause ait procédé à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire des témoins. Le détenu a le droit de convoquer ses propres témoins, exception faite des cas où la demande de la présence du témoin convoqué pourrait être frivole ou vexante: l'auditeur de la cause est alors libre de refuser le témoignage de cette personne; il devra toutefois donner au détenu les motifs de son refus par écrit.

d. Le verdict de culpabilité ou de non-culpabilité doit être basé strictement sur les preuves produites lors de l'audition et un verdict de culpabilité ne peut être rendu que, si après avoir considéré les preuves produites de façon juste et impartiale, il ne subsiste aucun doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

### 13. IMPOSITION DES PEINES

(5) Lorsque la peine imposée au détenu comprend une déchéance de réduction statutaire ou réduction méritée de peine, il est interdit, quelle que soit la circonstance, de suspendre cette peine.

Et parmi les dispositions de l'annexe «A» de la Directive n° 213:

### 12. DIVERS

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

These statutory provisions, regulations and directives have not changed materially from what they were when the *Martineau* cases<sup>2</sup> arose. The enactment of subsection 24.1(2) of the *Penitentiary Act* by chapter 53 of the Statutes of Canada 1976-77 provided for a new or additional class of persons who might preside at inmate disciplinary court proceedings but the nature of such proceedings as being essentially administrative rather than judicial or quasi-judicial, as held by the majority of the Supreme Court in the first *Martineau* case, remains unchanged. On the other hand, as no question as to the division of jurisdiction in supervisory proceedings effected by sections 18 and 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] between the Trial Division of this Court and the Court of Appeal or as to an application for prohibition as an appropriate means of raising the issue of the appellant's right to counsel arose it appears to me to make no difference whether the appellant as an inmate was entitled to be dealt with in the Disciplinary Court in accordance with what are referred to as principles of natural justice or with some lesser standard referred to by the term "fairly". In neither case, apart from section 7 of the Charter, would the appellant on the basis of existing jurisprudence have been in a position to demand as of right to be represented by counsel at the disciplinary hearing. The utmost he might have achieved was to have a discretion to permit him to be represented by counsel exercised in his favour. Even then it would have been permitted in the face of Directive No. 213 which, however, has been held by the Trial Division to be *ultra vires* and inoperative to deprive the Disciplinary Court of a discretion to permit counsel. See *Minott v. Presiding Officer of the Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Penitentiary et al.*<sup>3</sup> and *Re Davidson and Disciplinary Board of Prison for Women et al.*<sup>4</sup> So far as I am aware no appeal was taken from either of those decisions.

<sup>2</sup> *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602.

<sup>3</sup> [1982] 1 F.C. 322 (T.D.).

<sup>4</sup> (1981), 61 C.C.C. (2d) 520 (F.C.T.D.).

Ces dispositions de la Loi, du Règlement et de la Directive n'ont pas subi de modifications importantes depuis les deux affaires *Martineau*<sup>2</sup>. Le paragraphe 24.1(2) de la *Loi sur les pénitenciers* édicté au chapitre 53 des Statuts du Canada de 1976-1977 a établi une catégorie nouvelle ou supplémentaire de personnes pouvant présider les procédures d'un tribunal disciplinaire, mais, conformément à l'opinion majoritaire de la Cour suprême dans la première affaire *Martineau*, la nature de ces procédures n'en demeure pas moins essentiellement administrative et non pas judiciaire ou quasi judiciaire. Par contre, comme aucune question ne se pose relativement au partage des compétences en matière de contrôle établi par les articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10], entre la Division de première instance de cette Cour et la Cour d'appel, ou relativement à la question de savoir si la requête en prohibition constitue un moyen approprié de soulever la question du droit de l'appelant d'être représenté par avocat, il ne fait aucune différence, à mon avis, que l'appelant ait ou non, en tant que détenu, été traité devant le tribunal disciplinaire conformément à ce qu'on désigne par l'expression principes de justice naturelle ou conformément à une norme inférieure exprimée par le mot «équitablement». Ni dans un cas ni dans l'autre, exception faite de l'article 7 de la Charte, l'appelant n'aurait été, à la lumière de la jurisprudence existante, en mesure d'exiger de plein droit d'être représenté par avocat à l'audition. Il aurait pu, au mieux, obtenir que le tribunal exerce en sa faveur son pouvoir discrétionnaire de l'autoriser à être représenté par avocat. Et même là, cette autorisation aurait été accordée en dépit de la Directive n° 213 que la Division de première instance a toutefois jugée *ultra vires* et inopérante dans la mesure où elle retire au tribunal disciplinaire le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la représentation par avocat. Voir les arrêts *Minott c. Le président du tribunal disciplinaire des détenus du pénitencier de Stony Mountain et autre*<sup>3</sup> et *Re Davidson et un comité de discipline de la prison*<sup>4</sup>

<sup>2</sup> *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602.

<sup>3</sup> [1982] 1 C.F. 322 (1<sup>re</sup> inst.).

*des femmes et autre*<sup>4</sup>. À ma connaissance, ni l'une ni l'autre de ces décisions n'ont été portées en appel.

Both in England, where no constitutional provision comparable to section 7 of the Charter is involved, and in the United States, where there is a constitutional right to due process, the existence and extent of the right of a prison inmate to counsel in disciplinary proceedings does not appear to be finally settled.

Il semble que tant en Angleterre, où il n'existe aucune disposition constitutionnelle comparable à l'article 7 de la Charte, qu'aux États-Unis, où le droit à l'application régulière de la loi est prévu dans la Constitution, l'existence et la portée du droit d'un détenu d'être représenté par un avocat au cours de procédures disciplinaires ne soient pas encore fixées de façon définitive.

In England *Fraser v. Mudge*<sup>5</sup> is taken as authority that the inmate has no absolute right to counsel. In the course of his reasons, Lord Denning M.R. said [at pages 1133-1134]:

En Angleterre, l'arrêt *Fraser v. Mudge*<sup>5</sup> est considéré comme un précédent appuyant le principe suivant lequel les détenus ne possèdent aucun droit absolu d'être représentés par avocat. Dans ses motifs, le Maître des rôles, lord Denning, a déclaré [aux pages 1133 et 1134]:

If legal representation were allowed, it would mean considerable delay. So also with breaches of prison discipline. They must be heard and decided speedily. Those who hear the cases must, of course, act fairly. They must let the man know the charge and give him a proper opportunity of presenting his case. But that can be done and is done without the matter being held up for legal representation. I do not think we ought to alter the existing practice. We ought not to create a precedent such as to suggest that an individual is entitled to legal representation.

[TRADUCTION] Si l'on permettait la représentation par avocat, des délais considérables s'ensuivraient. C'est aussi le cas des infractions aux règles de discipline carcérale. Elles doivent être instruites et tranchées rapidement. Ceux qui procèdent à l'instruction doivent, bien sûr, agir équitablement. Ils doivent informer l'homme de l'accusation et lui donner la possibilité de faire valoir sa défense. Mais cela peut se faire et se fait sans que l'affaire soit retardée par la représentation par avocat. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de modifier l'usage existant. Il nous faut éviter de créer un précédent dont on pourrait ensuite s'autoriser pour soutenir qu'il y a un droit à se faire représenter par un avocat.

Roskill L.J. wrote [at page 1134]:

Le lord juge Roskill a écrit [à la page 1134]:

One looks to see what are the broad principles underlying these rules. They are to main [*sic*] discipline in prison by proper, swift and speedy decisions, whether by the governor or the visitors; and it seems to me that the requirements of natural justice do not make it necessary that a person against whom disciplinary proceedings are pending should as of right be entitled to be represented by solicitors or counsel or both.

[TRADUCTION] On recherche les larges principes sous-jacents à ces règles. Il s'agit de maintenir la discipline en prison au moyen de décisions appropriées, promptes et rapides, par le directeur ou les visiteurs; et il me paraît que les exigences de la justice naturelle ne requièrent pas qu'une personne contre laquelle des procédures disciplinaires ont été intentées ait le droit absolu d'être représentée par avocat.

Ormrod L.J. said [at page 1134]:

Le lord juge Ormrod a déclaré [à la page 1134]:

I agree. In my view it is for Parliament to make rules as they think fit. I agree that this application should be refused.

[TRADUCTION] Je suis d'accord. À mon avis, c'est au Parlement qu'il appartient d'édicter les règles qu'il juge appropriées. Je suis moi aussi d'avis que la présente requête doit être rejetée.

The effect of this case, which was begun, heard at trial and appeal levels and decided, all on the same day, has been moderated by the decision of the Queen's Bench Division of the High Court of

La portée de cette affaire qui a été intentée, instruite en première instance et en appel et tranchée le même jour a toutefois été tempérée par la décision de la Division du Banc de la Reine de la

<sup>5</sup> [1975] 1 W.L.R. 1132 (Eng. C.A.).

<sup>4</sup> (1981), 61 C.C.C. (2d) 520 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>5</sup> [1975] 1 W.L.R. 1132 (C.A. Angl.).

Justice in *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Tarrant*,<sup>6</sup> in which the Court held that while *Fraser v. Mudge* stands for the proposition that the inmate has no absolute right to counsel, the disciplinary court has authority to exercise a discretion to allow counsel. The reasoning is founded on the power of a tribunal, in the absence of statutory provision to the contrary, to establish its own procedure. At pages 646-647 Kerr L.J. wrote:

*A right to the exercise of a discretion*

I therefore turn to the second question, whether there is an absolute bar to the grant of legal representation or whether there is a discretion in boards of visitors to grant such requests. As it seems to me, under our law, including the principles of natural justice, there cannot be any answer to this question other than that boards of visitors have a discretion to grant requests for legal representation in appropriate cases. This must be so for at least two reasons. First, since there is no statutory provision to the contrary, boards of visitors are masters of their own procedures and entitled to decide for themselves whether or not to grant such requests. In the same way as any other tribunal or body inquiring into any charges against anyone, they have an unfettered right to decide whom they will hear on behalf of the persons charged.

Secondly, the grant of legal representation, when this is requested, must in some cases necessarily follow from section 47(2) of the Prison Act 1952 and rule 49(2) of the Prison Rules 1964. Both of these provide, in effect, that a prisoner charged with any offence under the Rules must be given a proper and full opportunity of presenting his case. Suppose then that in a particular instance a board of visitors is of the view that this requirement can only be complied with if the prisoner is legally represented, or even that the board is doubtful whether this objective can be attained without legal representation. How, then, could the board refuse such a request? Such situations are by no means necessarily fanciful. The evidence before us shows that such views may well be held by the members of boards in a number of cases who are at present constrained by the "rule" that legal representation is simply out of the question. Moreover, while the principles of natural justice are of course primarily designed for the protection of persons against whom charges of some kind are made, they must also operate for the benefit of tribunals or bodies who have the task of investigating the charges and deciding upon the consequences for the persons charged. They must be entitled to conduct their proceedings on the basis of what they consider to be appropriate, according to justice as they see it.

Haute Cour de justice dans l'affaire *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Tarrant*<sup>6</sup>, dans laquelle la Cour a jugé que même si l'affaire *Fraser v. Mudge* défendait la proposition suivant laquelle les détenus ne possèdent aucun droit absolu d'être représentés par avocat, le tribunal disciplinaire détient néanmoins le pouvoir discrétionnaire de permettre la représentation par avocat. Ce raisonnement repose sur le pouvoir qu'a un tribunal, en l'absence de disposition légale à l'effet contraire, d'établir sa propre procédure. Aux pages 646 et 647, le lord juge Kerr a écrit:

[TRADUCTION] *Le droit d'exercer un pouvoir discrétionnaire*

J'aborde maintenant la deuxième question, soit celle de savoir s'il est absolument défendu de permettre la représentation par avocat ou si les comités de visiteurs ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder des requêtes en ce sens. À ce qu'il me semble, en vertu de notre droit, et compte tenu des principes de justice naturelle, on ne peut répondre à cette question autrement qu'en disant que les comités de visiteurs ont le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la représentation par avocat dans les cas appropriés. Il doit en être ainsi et ce, pour au moins deux raisons. Premièrement, puisqu'il n'existe aucune disposition légale à l'effet contraire, les comités de visiteurs sont maîtres de leur propre procédure et ont droit de décider eux-mêmes si les requêtes en ce sens doivent être accordées. À l'instar de tout autre tribunal ou organisme enquêtant sur une accusation portée contre un individu, ils ont le droit inconditionnel de décider qui ils entendront au nom des personnes mises en accusation.

Deuxièmement, la décision d'accorder la représentation par avocat, lorsque demande en est faite, résulte nécessairement dans certains cas du paragraphe 47(2) du *Prison Act* de 1952 et de la règle 49(2) des *Prison Rules* de 1964. Ces deux dispositions prévoient en fait qu'il faut fournir au détenu qui est accusé d'une infraction en vertu des règles l'occasion de présenter convenablement et entièrement sa défense. Supposons alors que, dans un cas particulier, un comité soit d'avis que cette exigence ne peut être respectée que si le prisonnier est représenté par avocat ou même que le comité doute que cet objectif puisse être atteint sans représentation par avocat. Comment alors le comité pourrait-il rejeter une requête en ce sens? Il ne s'agit pas là de situations nécessairement hypothétiques. La preuve soumise tend à démontrer que telle peut être l'opinion des membres de comités dans un certain nombre de cas où, à l'heure actuelle, ils sont liés par la «règle» suivant laquelle la représentation par avocat est tout simplement hors de question. En outre, bien que les principes de justice naturelle aient été conçus au premier chef pour protéger les personnes contre lesquelles des accusations sont portées, ils doivent également s'appliquer à l'avantage des tribunaux ou organismes qui sont chargés d'enquêter sur ces accusations et de décider de leurs conséquences sur les personnes visées. Ces tribunaux ou organismes doivent avoir le droit de mener leurs procédures selon ce qu'ils jugent approprié et suivant leur perception de la justice.

<sup>6</sup> [1984] 2 W.L.R. 613 (Eng. Q.B.D.)

<sup>6</sup> [1984] 2 W.L.R. 613 (Q.B.D. Angl.).

Given that there is a discretion to grant requests of legal representation when boards of visitors consider it appropriate to do so, what then are the rights of prisoners who make such requests? The answer, in my view, is that they have the right to a proper consideration of such requests on their merits by each board to whom such a request is made.

It does not follow, however, that such requests will necessarily be granted, except that they must always be granted if, in the view of the board, the circumstances are such that legal representation is or may be required in order to comply with the prisoner's rights under rule 49(2). In order to reach a conclusion as to whether or not to grant any such request, I agree that boards should take account of the considerations which have been listed by Webster J. in his judgment, together with any other circumstances which they may regard as material in any individual case. [Emphasis added.]

In the course of his reasons, Webster J., at pages 636-637, gave a list of six matters of consideration in exercising such a discretion. They included:

- (1) The seriousness of the charge and the potential penalty.
- (2) Whether any points of law are likely to arise.
- (3) The capacity of [the] particular [person] to present his own case.
- (4) Procedural difficulties.
- (5) The need for reasonable speed in making the adjudication . . . .
- (6) The need for fairness as between prisoners and as between prisoners and prison officers.

It appears to me that the effect of this decision is that in the English system a prisoner has the right to require of the disciplinary court that it exercise on sound judicial grounds a discretion to allow representation by counsel and to require that the request be granted if in the view of the board of visitors the circumstances are such that legal representation is or may be required in order to comply with the prisoner's rights under the Prison Rules to be given a proper and full opportunity of presenting his case. This appears to me to amount in substance to a right to have counsel when the facts indicate the need for it and to a discretion to allow it in other cases as well. It is of interest to note as well the view of Webster J. as to when counsel might be required. When dealing with the cases of individual prisoners, he said at pages 637-638:

Si les comités ont, lorsqu'ils jugent approprié de le faire, le pouvoir discrétionnaire d'accorder les demandes de représentation par avocat, quels sont alors les droits des détenus qui en font la demande? À mon avis, la réponse est qu'ils ont droit à ce que chacun des comités à qui une telle requête est présentée <sup>a</sup> l'examine adéquatement au fond.

Il ne s'ensuit pas toutefois que ces requêtes seront nécessairement accordées; mais elles doivent toujours l'être si, de l'avis du comité, les circonstances sont telles que la représentation par avocat est ou peut être nécessaire pour assurer le respect des droits conférés au détenu par la règle 49(2). Afin de conclure si oui ou non une telle requête doit être accordée, j'estime que les comités doivent tenir compte des éléments que le juge Webster énumérait dans son jugement ainsi que de toute autre circonstance qui peut leur paraître pertinente dans un cas particulier. [C'est moi qui souligne.]

Dans le cours de ses motifs, le juge Webster a dressé, aux pages 636 et 637, une liste de six points à examiner avant d'exercer ce pouvoir discrétionnaire. Voici ces points:

- [TRADUCTION] (1) La gravité de l'accusation et de la peine susceptible d'être imposée.
- (2) La probabilité que soient soulevés des points de droit.
- (3) L'aptitude [de l'individu] à se défendre lui-même.
- (4) Les difficultés en matière de procédure.
- (5) La nécessité d'obtenir une décision dans un délai raisonnablement court . . . .
- (6) Le besoin d'équité entre les prisonniers et entre ceux-ci et les fonctionnaires de la prison.

Il m'apparaît, à la lumière de cette décision, que le détenu a, dans le système anglais, le droit d'exiger du tribunal disciplinaire qu'il exerce, pour des motifs judiciaires valables, son pouvoir discrétionnaire de permettre la représentation par avocat et d'exiger que sa requête soit accueillie si, de l'avis du comité de visiteurs, les circonstances sont telles que la représentation par avocat est ou peut être nécessaire afin de respecter le droit qu'a le détenu aux termes des *Prison Rules* de se voir accorder l'occasion de présenter sa défense de façon adéquate et entière. À mon avis, cela équivaut essentiellement au droit d'être représenté par avocat lorsque les faits en démontrent le besoin et à un pouvoir discrétionnaire de l'accorder dans d'autres cas également. Il n'est pas sans intérêt de signaler aussi l'opinion du juge Webster quant aux occasions où la présence d'un avocat peut être nécessaire. Traitant du cas de certains détenus en particulier, il a déclaré aux pages 637 et 638:



It seems to me that in most, if not all, charges of mutiny, and certainly in these two cases, questions are bound to arise as to whether collective action was intended to be collective, i.e. whether it was concerted or not, and as to the distinction between mere disobedience of a particular order on the one hand and disregard or defiance of authority on the other.

In my judgment, where such questions arise or are likely to arise, no board of visitors, properly directing itself, could reasonably decide not to allow the prisoner legal representation. If this decision is to have the result that charges of mutiny will more frequently be referred to the criminal courts in some other form, I, personally, would not regard that result as a matter of regret.

The charges against Tangney and Anderson each included one charge of an assault on a prison officer under rule 51. Each of them was, therefore, exposed to the risk of "an award" of forfeiture of remission for a period not exceeding 180 days—more, if, as Mr. Simon Brown contends but which is challenged on behalf of the applicants, a board has power to make consecutive awards, a point upon which I need express no view. For my part, I do not think that it can possibly be said that any reasonable board properly directing itself would be bound to grant legal representation or, in the case of Tangney and Anderson who applied for it, would be bound to have allowed the presence of an adviser. I would, therefore, leave the matter to be decided by any board before which it may come, if it does so.

In the United States, the Supreme Court dealt with a similar problem in *Wolff v. McDonnell*.<sup>7</sup> The Court held that an inmate's right to good-time credits under a Nebraska statute was protected by the Constitution and that to deprive him of them the minimum requirements of procedural due process must be observed. At pages 560-561 the Court points to what may be a significant difference between the effect of loss of good time under the Nebraska statute and that under the statutory provisions applicable to the present case. The court said:

For the prison inmate, the deprivation of good time is not the same immediate disaster that the revocation of parole is for the parolee. The deprivation, very likely, does not then and there work any change in the conditions of his liberty. It can postpone the date of eligibility for parole and extend the maximum term to be served, but it is not certain to do so, for good time may be restored. Even if not restored, it cannot be said with certainty that the actual date of parole will be affected; and if parole occurs, the extension of the maximum term resulting from loss of good time may affect only the termination of

<sup>7</sup> 418 U.S. 539 (1974).

[TRADUCTION] Il me semble que dans la plupart des cas d'accusations de mutinerie, sinon dans tous, et certainement dans les deux qui nous intéressent, peuvent se poser la question de savoir si l'action collective a été voulue ainsi, c'est-à-dire si elle était concertée ou non, et la question de la distinction entre la simple désobéissance à un ordre particulier d'une part et le mépris ou la contestation de l'autorité d'autre part.

À mon avis, lorsque de telles questions se posent ou peuvent se poser, aucun comité de visiteurs se donnant les directives appropriées ne pourrait raisonnablement refuser d'accorder à un détenu le droit d'être représenté par avocat. Si cette décision devait faire que les accusations de mutinerie seront renvoyées plus fréquemment devant les tribunaux de juridiction criminelle sous une autre forme, personnellement, je ne considérerais pas cela comme un résultat regrettable.

Tangney et Anderson étaient tous deux accusés, entre autres, de voies de fait contre un fonctionnaire de la prison, en vertu de la règle 51. Chacun d'eux courait donc le risque de se voir «imposer» une déchéance de réduction de peine pour une période ne dépassant pas 180 jours—ou pour une période plus longue encore si, comme le prétend M. Simon Brown, prétention qui est toutefois contestée par les requérants, un comité a le pouvoir d'imposer des peines consécutives, un point sur lequel je n'ai pas à me prononcer. Pour ma part, je ne crois pas qu'on puisse dire que tout comité raisonnable se donnant les directives appropriées est obligé d'accorder le droit d'être représenté par avocat ou, dans le cas de Tangney et Anderson qui en ont fait la demande, que le comité aurait dû autoriser la présence d'un conseiller. Par conséquent, je laisse à tout comité à qui la question peut être posée le soin de la trancher.

Aux États-Unis, la Cour suprême a examiné un problème semblable dans l'affaire *Wolff v. McDonnell*.<sup>7</sup> La Cour a jugé que le droit d'un détenu à la réduction de peine accumulée en vertu d'une loi du Nebraska était protégée par la Constitution et que, pour lui retirer ce droit, il faut respecter les exigences minimales en matière de procédure imposées par le principe de l'application régulière de la loi. Aux pages 560 et 561, la Cour souligne ce qui constitue peut-être une différence notable entre l'effet de la perte de réduction de peine en vertu de la loi du Nebraska et l'effet de la perte découlant des dispositions de la loi applicable à la présente espèce. La Cour a déclaré:

[TRADUCTION] Le fait pour un détenu de perdre sa réduction de peine n'a pas sur le coup le même effet désastreux que, pour un détenu en liberté conditionnelle, la révocation de sa libération conditionnelle. Il est très probable que la perte de la réduction de peine ne se traduira pas par la modification des conditions de sa liberté. Il est possible qu'elle repousse la date de son admissibilité à une libération conditionnelle et prolonge la peine maximale d'emprisonnement à purger, mais ce n'est pas certain car sa réduction de peine peut lui être rendue. D'ailleurs, même si la réduction de peine n'est pas rendue, on

<sup>7</sup> 418 U.S. 539 (1974).

parole, and it may not even do that. The deprivation of good time is unquestionably a matter of considerable importance. The State reserves it as a sanction for serious misconduct, and we should not unrealistically discount its significance.... [Emphasis added.]

The fact that under the Canadian provisions earned remission, once forfeited, cannot be restored makes the forfeiture of it by the disciplinary court a final and irrevocable deprivation of the right to liberty, conditional or qualified as it might be, to which the inmate would otherwise become entitled.

On the right of the inmate to counsel, the Court held [at page 570]:

The insertion of counsel into the disciplinary process would inevitably give the proceedings a more adversary cast and tend to reduce their utility as a means to further correctional goals. There would also be delay and very practical problems in providing counsel in sufficient numbers at the time and place where hearings are to be held. At this stage of the development of these procedures we are not prepared to hold that inmates have a right to either retained or appointed counsel in disciplinary proceedings.

Where an illiterate inmate is involved, however, or where the complexity of the issue makes it unlikely that the inmate will be able to collect and present the evidence necessary for an adequate comprehension of the case, he should be free to seek the aid of a fellow inmate, or if that is forbidden, to have adequate substitute aid in the form of help from the staff or from a sufficiently competent inmate designated by the staff. We need not pursue the matter further here, however, for there is no claim that respondent, McDonnell, is within the class of inmates entitled to advice or help from others in the course of a prison disciplinary hearing. [Emphasis added.]

This seems to me to leave it open to establish a different rule in the future.

I come then to section 7 of the Charter and whether it has the effect of affording an inmate in a disciplinary proceeding a right to counsel that is not subject to denial by the presiding officer on discretionary grounds.

ne peut affirmer avec certitude que la date réelle de mise en liberté conditionnelle en sera affectée; et si survient une libération conditionnelle, il est possible que la prolongation de la période maximale d'emprisonnement résultant de la perte de la réduction de peine n'affecte que la révocation de la libération conditionnelle et même qu'elle n'ait pas cet effet. La perte de la réduction de peine est indiscutablement une question très importante. Il s'agit d'une sanction que l'État réserve aux cas d'inconduite grave et nous ne devrions pas manquer de réalisme au point de méconnaître son importance... [C'est moi qui souligne.]

Le fait qu'en vertu des dispositions de la Loi canadienne un détenu ne puisse récupérer sa réduction de peine méritée, après l'avoir perdue, signifie que la déchéance prononcée par un tribunal disciplinaire se traduit pour le détenu par la perte définitive et irrévocable du droit à la liberté, conditionnelle ou restreinte, à laquelle il aurait eu droit.

À propos du droit des détenus d'être représentés par avocat, la Cour a déclaré [à la page 570]:

[TRADUCTION] L'intervention d'avocats dans les procédures disciplinaires donnerait inévitablement à celles-ci un caractère plus contradictoire et aurait tendance à amoindrir leur utilité comme outil de promotion des objectifs correctionnels. La nécessité de trouver des avocats en nombre suffisant au lieu et à la date de l'audition causerait également des retards et des problèmes d'ordre pratique. Dans l'état actuel de l'évolution de ces procédures, nous ne sommes pas disposés à statuer que les détenus ont droit, dans les affaires disciplinaires, de retenir un avocat ou de se prévaloir des services d'un avocat nommé.

Toutefois, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'un détenu illettré ou encore lorsqu'il est peu probable, vu la complexité du litige, que le détenu soit en mesure de recueillir et de présenter les éléments de preuve nécessaires à une compréhension adéquate de la cause, il devrait lui être permis de solliciter l'aide d'un autre détenu de son choix ou si cela lui est interdit, d'obtenir l'aide du personnel ou d'un détenu suffisamment compétent choisi par le personnel. Cependant, nous n'avons pas en l'espèce à nous étendre davantage sur cette question, car il n'est aucunement allégué que l'intimé McDonnell fait partie de la catégorie des détenus ayant droit au conseil ou à l'aide d'autres personnes dans le cadre d'une audition en matière de discipline carcérale. [C'est moi qui souligne.]

Cela n'exclut pas à mon avis la possibilité que soit formulée dans l'avenir une règle différente.

J'en viens maintenant à l'article 7 de la Charte et à la question de savoir si cette disposition a pour effet d'accorder au détenu faisant l'objet d'une procédure disciplinaire un droit d'être représenté par avocat qui ne puisse lui être refusé par le président du tribunal pour des motifs laissés à sa discrétion.

What was said to be at stake in the disciplinary proceedings is the liberty and security of the inmate and his right not to be deprived of them except in accordance with the principles of fundamental justice. The inmate's liberty was said to be at stake because his earned remission was in jeopardy as was also the security of his person since solitary confinement—also referred to as dissociation—was one of the punishments to which he might be subjected. I accept this analysis so far as the appellant's liberty is involved and that, as I view it, is sufficient for present purposes. At the same time it is to be noted that earned remission, which is a creation of the *Penitentiary Act*, has at all times been conditional in the sense that it has been subject to forfeiture in disciplinary proceedings of an administrative nature and thus has never had the quality of an absolute right to be set free on the completion of the unremitted portion of a sentence. To hold that an inmate's procedural rights have been increased by the enactment of section 7 is accordingly to hold that its enactment has also enhanced the quality of the less than absolute right conferred by the *Penitentiary Act*.

In the course of their reasons both the Presiding Officer and the learned Trial Judge referred to expressions of judicial opinion in a number of reported cases supporting the view that at common law a prison inmate had no absolute right to have counsel represent him in proceedings before a disciplinary tribunal, that the legal procedures established by law before the enactment of the Charter are procedures in accordance with the principles of fundamental justice and that section 7 of the Charter did not add to the rights of a person in the appellant's position. That may be a legitimate approach to the question. But it appears to me that in interpreting section 7, and its meaning in the Charter, it is desirable to consider the wording of the provisions in an effort to determine its ordinary meaning in its context.

The section is cast in broad terms. Its context is that of a constitutional charter. The Charter itself is part of the Constitution of Canada. These features suggest a broad interpretation. The extent of the Charter's guarantee of the rights set out in

Ce qui est en jeu a-t-on dit dans les procédures disciplinaires, c'est la liberté et la sécurité du détenu et son droit de ne pas en être privé si ce n'est en conformité avec les principes de la justice fondamentale. On a dit que la liberté du détenu était en jeu parce que sa réduction de peine méritée était menacée, tout comme l'était sa sécurité car l'isolement cellulaire, appelé aussi isolement disciplinaire, était l'une des peines pouvant lui être imposées. Je fais mienne cette analyse dans la mesure où il est question de la liberté de l'appelant et cela suffit à mon avis aux fins des présentes. Dans un même temps, il importe de signaler que la réduction de peine méritée qui a été créée par la *Loi sur les pénitenciers* a de tout temps été conditionnelle, en ce sens qu'elle est sujette à déchéance dans le cadre de procédures disciplinaires de nature administrative et n'a donc jamais eu la qualité d'un droit absolu d'être mis en liberté à l'expiration de la portion non remise de la peine. Soutenir que les droits d'un détenu en matière de procédure ont été accrus par l'adoption de l'article 7 revient donc à prétendre que son adoption a également amélioré la qualité d'un droit, qui n'est pas absolu, que lui confère la *Loi sur les pénitenciers*.

Dans leurs motifs, le président du tribunal disciplinaire et le savant juge de première instance ont tous deux cité des opinions judiciaires formulées dans un certain nombre de décisions publiées indiquant qu'un détenu n'a, en vertu de la *common law*, aucun droit absolu d'être représenté par avocat aux procédures d'un tribunal disciplinaire; que les procédures légales établies en droit, avant l'adoption de la Charte, sont des procédures conformes au principe de justice fondamentale; et que l'article 7 de la Charte n'a rien ajouté aux droits d'une personne se trouvant dans la situation de l'appelant. Il est peut-être légitime d'aborder ainsi la question, mais il me semble préférable, pour interpréter l'article 7 et son sens dans le cadre de la Charte, d'examiner le libellé de cette disposition en essayant de découvrir son sens ordinaire, en contexte.

L'article est formulé en termes généraux dans le contexte d'une charte constitutionnelle faisant elle-même partie de la Constitution du Canada. Ces caractéristiques appellent une interprétation large. Il se peut que l'article 1 vienne limiter l'étendue de

section 7 may be limited by section 1 but that does not, as it seems to me, bear on how section 7 itself should be interpreted or on the breadth of what it embraces. In the present case no argument was presented on the effect of section 1 on any right to counsel that may arise under section 7.

Next, the subject-matter of section 7 is the right to life, liberty and security of the person. These are matters of prime importance to everyone. Moreover, the fact that liberty and the security of the person are lumped together with life itself shows that the importance of the right to them is in the same class with that of the right to life itself. The enjoyment of property is not included in the class as it is in paragraphs 1(a) and 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III].

Further, while the argument in the present case focussed on the meaning and effect of the wording "in accordance with the principles of fundamental justice" as a guarantee of procedural standards, I would not rule out the possibility that the wording may also refer to or embrace substantive standards as well.

A further observation is that the standard of what is required to satisfy the section in its procedural sense, as it seems to me, is not necessarily the most sophisticated or elaborate or perfect procedure imaginable but only that of a procedure that is fundamentally just. What that may require will no doubt vary with the particular situation and the nature of the particular case. An unbiased tribunal, knowledge by the person whose life, liberty or security is in jeopardy of the case to be answered, a fair opportunity to answer and a decision reached on the basis of the material in support of the case and the answer made to it are features of such a procedure.

In *Duke v. The Queen*<sup>8</sup>, Fauteux C.J., speaking of the similar wording in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, said:

<sup>8</sup> [1972] S.C.R. 917, at p. 923.

la garantie offerte par la Charte à l'égard des droits énoncés à l'article 7, mais cela n'a, me semble-t-il, aucune incidence sur l'interprétation de l'article 7 ni sur le champ d'application de cette disposition. En l'espèce, aucun argument n'a été présenté relativement à l'effet qu'aurait l'article 1 sur un droit à la représentation par avocat pouvant découler de l'article 7.

Par ailleurs, l'objet de l'article 7 est le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, questions de première importance pour tout individu. En outre, le fait que les notions de liberté et de sécurité de la personne soient réunies avec la vie elle-même montre bien que le droit à la sécurité et à la liberté se classe dans la même catégorie que le droit à la vie. La jouissance des biens n'est pas incluse dans cette catégorie comme elle l'est aux alinéas 1a) et 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III].

Au surplus, bien qu'en l'espèce le débat ait été centré sur le sens et l'effet des mots «en conformité avec les principes de justice fondamentale» comme garantie du respect des normes en matière de procédure, je n'exclus toutefois pas la possibilité que ces mots puissent également viser ou inclure des normes de fond.

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

Dans *Duke c. La Reine*<sup>8</sup>, le juge en chef Fauteux, traitant du libellé similaire de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, a déclaré:

<sup>8</sup> [1972] R.C.S. 917, à la p. 923.

Under s. 2(e) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive him of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice." Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his rights must act fairly, in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity adequately to state his case.

In this context, any right a person may have to the assistance of counsel arises from the requirement to afford the person an opportunity to adequately present his case. This particular point was observed by Goodridge J. in *In re Prisons Act and in re Pollard et al.*<sup>9</sup> when he noted in parenthesis: "Jeopardy, of course, is not the full test, in a broader sense one is really talking about a person having the right to be heard by a tribunal."

Has it then become necessary, in order to afford an inmate an opportunity to be adequately heard and thus to fulfil the requirement of section 7 to recognize his right to be represented by counsel in a disciplinary court? I hesitate to refer to pre-Charter cases on the right to counsel because to do so seems to me to beg the question whether a new right has been created. On the other hand, to hold that whenever life, liberty or security of the person are in jeopardy in administering prison discipline an absolute right to counsel arises from the requirement of section 7 is to hold that the system before its enactment in which it was said to be within the discretion of the court to allow or deny representation by counsel was not necessarily up to that standard.

I am of the opinion that the enactment of section 7 has not created any absolute right to counsel in all such proceedings. It is undoubtedly of the greatest importance to a person whose life, liberty or security of the person are at stake to have the opportunity to present his case as fully and adequately as possible. The advantages of having the assistance of counsel for that purpose are not in

<sup>9</sup> Supreme Court of Newfoundland, February 20, 1980, unreported.

En vertu de l'art. 2e) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de manière à le priver d'une «audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale». Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause.

Dans ce contexte, le droit d'une personne à l'assistance d'un avocat découle de l'obligation d'accorder à cette personne l'occasion d'exposer adéquatement sa cause. Le juge Goodridge, dans l'affaire *In re Prisons Act and in re Pollard et al.*<sup>9</sup>, a signalé ce point précis lorsqu'il a fait observer, entre parenthèses: [traduction] «Bien sûr, le danger n'est pas le seul et unique critère; en réalité, dans un sens plus étendu, il s'agit d'une personne ayant le droit de se faire entendre par un tribunal.»

Est-il alors devenu nécessaire, afin d'offrir au détenu l'occasion de se faire entendre adéquatement et donc afin de respecter l'exigence de l'article 7, de reconnaître son droit d'être représenté par avocat devant un tribunal disciplinaire? J'hésite à me reporter aux décisions portant sur le droit d'être représenté par avocat rendues avant l'adoption de la Charte, car cela ne permettrait certainement pas de répondre à la question de savoir si un nouveau droit a été créé. Par contre, prétendre que chaque fois que la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne sont menacées dans le cadre d'une procédure en matière de discipline carcérale naît alors un droit absolu d'être représenté par avocat découlant de l'exigence posée par l'article 7, reviendrait à dire que le système en vigueur avant l'adoption de cette disposition, dans lequel le tribunal avait, disait-on, le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser la représentation par avocat, ne respectait pas nécessairement cette norme.

Je suis d'avis que l'adoption de l'article 7 n'a créé aucun droit absolu d'être représenté par avocat dans toute procédure de ce genre. Il est sans aucun doute de la plus grande importance que la personne dont la vie, la liberté ou la sécurité sont en jeu ait l'occasion d'exposer sa cause aussi pleinement et adéquatement que possible. Les avantages de l'assistance d'un avocat à cette fin ne sont

<sup>9</sup> Cour suprême de Terre-Neuve, 20 février 1980, non publiée.

doubt. But what is required is an opportunity to present the case adequately and I do not think it can be affirmed that in no case can such an opportunity be afforded without also as part of it affording the right to representation by counsel at the hearing.

Once that position is reached it appears to me that whether or not the person has a right to representation by counsel will depend on the circumstances of the particular case, its nature, its gravity, its complexity, the capacity of the inmate himself to understand the case and present his defence. The list is not exhaustive. And from this, it seems to me, it follows that whether or not an inmate's request for representation by counsel can lawfully be refused is not properly referred to as a matter of discretion but is a matter of right where the circumstances are such that the opportunity to present the case adequately calls for representation by counsel. It may be that where the circumstances do not point to that conclusion a residual authority to permit counsel nevertheless is exercisable by the appropriate official but that area is not I think within the purview of section 7.

It appears to me that the right of an inmate to counsel in a case in which under the English and United States' systems it could not be denied is guaranteed in Canada by section 7. It is guaranteed because *ex hypothesi* it is a case in which an opportunity to adequately present his case cannot be accorded without the inmate being allowed to have counsel.

In Canada the system thus differs in that in such a case not only is there no discretion, properly described, to refuse the request but the authority to decide whether it is a case in which counsel must be allowed is not vested in the presiding officer of the disciplinary court. That officer is, in my view, strictly limited in his functions. Under subsection 24.1(2) of the *Penitentiary Act* the duties of a presiding officer appointed under that subsection, as the Presiding Officer in the present instance, are to be those prescribed by regulation. Under subsection 38.1(2) of the Regulations he has authority to conduct the hearing, to consult

pas contestés. Cependant, ce qui est exigé c'est l'occasion d'exposer la cause adéquatement et je ne crois pas qu'on puisse affirmer qu'il n'existe pas de cas où une telle occasion ne peut être fournie sans qu'il faille également accorder le droit d'être représenté par avocat à l'audition.

Une fois qu'on a adopté cette position, il me semble que la question de savoir si oui ou non une personne a le droit d'être représentée par avocat dépendra des circonstances de l'espèce, de sa nature, de sa gravité, de sa complexité, de l'aptitude du détenu lui-même à comprendre la cause et à présenter sa défense. Cette liste n'est pas exhaustive. Il s'ensuit donc, à mon avis, que la question de savoir si la requête d'un détenu en vue d'être représenté par avocat peut être légalement refusée ne peut être considérée comme une question de discrétion, car il s'agit d'un droit qui existe lorsque les circonstances sont telles que la possibilité d'exposer adéquatement la cause du détenu exige la représentation par avocat. Il se peut que lorsque les circonstances ne mènent pas à cette conclusion, le fonctionnaire responsable dispose néanmoins d'un pouvoir résiduaire lui permettant d'autoriser la présence d'un avocat, mais ce point n'entre pas selon moi dans le champ d'application de l'article 7.

Il me semble qu'au Canada, le droit d'un détenu d'être représenté par avocat lui est garanti par l'article 7 dans un cas où, en vertu des systèmes britannique et américain, ce droit ne pourrait lui être refusé. Ce droit est garanti parce que, *ex hypothesi*, il s'agit d'un cas où, pour donner au détenu la possibilité d'exposer adéquatement sa cause, il faut lui permettre d'être représenté par avocat.

Au Canada, le système est donc différent parce que, dans un tel cas, non seulement il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire, au sens réel du terme, permettant de refuser la requête, mais aussi parce que le président du tribunal disciplinaire n'est même pas habilité à décider s'il s'agit d'un cas dans lequel la représentation par avocat doit être accordée. À mon avis, les fonctions de président du tribunal disciplinaire font l'objet de limites strictes. En vertu du paragraphe 24.1(2) de la *Loi sur les pénitenciers*, les fonctions du président nommé en vertu de cette disposition, comme l'était le président du tribunal en l'espèce, sont celles prescrites

with two officers, to determine guilt and to order punishment. The procedure to be followed is, however, not left to him. The Commissioner's Directive No. 213, made under the authority of subsection 29(3) of the Act, has been held<sup>10</sup> not to have the force of law, but it appears to me nevertheless to be an administrative directive to the presiding officer as to how his duties, including that of conducting the hearing, are to be carried out and included in the Annex to it is a provision that forbids him to permit counsel. In this situation I do not think any authority as master of his own procedure exists from which authority to permit counsel or to adjudicate on the right of an inmate to counsel might be regarded as vested in the presiding officer.

He will no doubt have to consider and take a position on whether the case is one in which the request for counsel can be denied. And he must be prepared to act on his view. But, in my opinion, his denial of such a request cannot be regarded as an adjudication of the right and cannot prevent a superior court in the exercise of supervisory jurisdiction from determining the question on its own. I may note as well that for a presiding officer to decide that he can accord the inmate a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice without permitting counsel would seem to me to indicate that he already has preconceived ideas about the case and the defence and that the need to decide would put him in the embarrassing position of determining his own capacity to accord the inmate his rights without knowing what they are. That, in my view, makes him an unsuitable person to decide such a question.

<sup>10</sup> *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118 per Pigeon J., at p. 129; see also *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602.

par les règlements. En vertu du paragraphe 38.1(2) du Règlement, il a le pouvoir de diriger l'audition, de consulter deux fonctionnaires, de décider de l'innocence ou de la culpabilité du détenu et d'ordonner l'imposition d'une peine. La procédure à suivre n'est cependant pas laissée à sa discrétion. On a jugé<sup>10</sup> que la Directive du commissaire n° 213, édictée en vertu du paragraphe 29(3) de la Loi, n'avait pas force de loi, mais il me semble néanmoins qu'il s'agit d'une directive de nature administrative adressée au président du tribunal lui indiquant comment il doit accomplir ses fonctions, y compris celle de diriger l'audition, et renfermant dans son annexe une disposition interdisant au président d'autoriser la représentation par avocat. Dans un tel contexte, je ne crois pas qu'on puisse considérer que le président du tribunal est investi de quelque pouvoir qui le rendrait maître de sa procédure et l'autoriserait ainsi à permettre la représentation par avocat ou à se prononcer sur le droit d'un détenu d'être représenté par avocat.

Il devra sans aucun doute se demander et décider s'il s'agit d'un cas où une telle requête peut être refusée et il doit être prêt à agir conformément à cette décision. Cependant, je suis d'avis que le refus qu'il pourrait opposer à une telle requête ne peut être considéré comme une décision sur ce droit et ne peut empêcher un tribunal supérieur de se prononcer, dans l'exercice de son pouvoir de surveillance, sur cette question. Je tiens également à souligner que le fait pour le président d'un tribunal de décider qu'il lui est possible d'accorder à un détenu une audition équitable en conformité des principes de justice fondamentale sans pour autant permettre à ce dernier d'être représenté par avocat tendrait à démontrer, à mon avis, qu'il a déjà des idées préconçues sur l'affaire et la défense et que l'obligation qu'il aurait de se prononcer sur cette question le placerait dans la position embarrassante d'avoir à juger de sa propre capacité d'accorder au détenu les droits qui lui reviennent sans savoir quels sont ces droits. À mon avis, cela le rend incompétent pour se prononcer sur une telle question.

<sup>10</sup> *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, le juge Pigeon, à la p. 129; voir également *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602.

This brings me to the question whether the present was a case in which the appellant's request could lawfully be refused. Its principal feature was that the whole of the appellant's 267 days of earned remission were in jeopardy. In my view that alone suggests his need of counsel. Next there is the lack of particulars of offences of which three are alleged to have occurred at the same instant. Conviction on the two of the charges to which he pleaded not guilty might result in consecutive losses of 30 days' remission without reference to the Commissioner for what not inconceivably may have been the same act. Moreover, one of the three charges is that of an act calculated to prejudice discipline and good order, a notoriously vague and difficult charge for anyone to defend. These features, as well, suggest the need for counsel to protect the inmate.

There is not in the record anything that would indicate that the appellant suffered from physical or mental incapacity which would disable him from conducting his own defence as well as might be expected of any ordinary person without legal training. But he obviously felt the need for counsel because he obtained Legal Aid assistance promptly. He must also have been able to persuade those who administer the legal aid system of his need. Moreover, in a social system which recognizes the right of anyone to counsel in any of the ordinary courts of law for the defence of any charge, no matter how trivial the possible consequences may be, it seems to me to be incongruous to deny such a right to a person who, though not suffering from any physical or mental incapacity to defend himself, is faced with charges that may result in loss of his liberty, qualified and fragile though it may have been, for some 267 days.

On the whole, I am of the opinion that the refusal of the appellant's request for counsel was a refusal of the opportunity to which he was entitled to adequately present his defence and that prohibition should have issued.

Cela m'amène à la question de savoir s'il s'agissait en l'espèce d'un cas où la requête de l'appelant pouvait, à bon droit, être refusée. La principale caractéristique de l'espèce était que le détenu risquait de perdre les 267 jours de réduction de peine méritée. À mon avis, ce fait à lui seul indique qu'il avait besoin d'être représenté par avocat. Il y a ensuite l'absence de détails quant aux infractions dont trois seraient survenues au même moment. S'il était déclaré coupable des deux accusations pour lesquelles il a plaidé non coupable, il risquait d'être condamné à des pertes consécutives de 30 jours de réduction de peine sans que ces décisions soient soumises à l'approbation du commissaire pour ce qui pourrait n'être qu'un seul et même acte. En outre, une des trois autres accusations lui reprochait d'avoir agi de manière à nuire à la discipline et au bon ordre, chef d'accusation notoirement vague et difficile à contester pour quiconque. Ces caractéristiques indiquent également que la protection des droits du détenu exigeait l'assistance d'un avocat.

Rien dans le dossier n'indique que l'appelant souffrait de quelque incapacité physique ou mentale l'empêchant de mener sa propre défense aussi bien que ce qu'on pourrait attendre d'une personne ordinaire n'ayant aucune formation juridique. Toutefois, il a de toute évidence ressenti le besoin d'être représenté par avocat puisqu'il a obtenu rapidement l'aide d'un conseiller juridique. Il a dû également être en mesure de convaincre les responsables du service d'aide juridique de son besoin d'être représenté. En outre, dans une société qui reconnaît le droit de tout individu d'être représenté par un avocat devant toutes les cours de justice ordinaires afin de se défendre contre toute accusation, même si les conséquences en sont insignifiantes, il me semble absurde de refuser ce droit à une personne qui, bien que ne souffrant d'aucun handicap physique ou mental l'empêchant de se défendre, fait néanmoins face à des accusations pouvant se traduire par la perte de sa liberté, aussi restreinte ou fragile soit-elle, pour quelque 267 jours.

Compte tenu de tous ces éléments, je suis d'avis que le refus d'accorder à l'appelant l'assistance d'un avocat équivalait à lui refuser l'occasion, à laquelle il avait droit, d'exposer adéquatement sa défense et donc qu'un bref de prohibition aurait dû être émis.



I would allow the appeal with costs, and set aside the dismissal of the application for prohibition. As prohibition can no longer be effective, I would grant a declaration that the appellant was entitled to counsel for the defence of the charges against him with costs of the application.

PRATTE J.: I agree.

\* \* \*

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

MACGUIGAN J.: This case raises the question of the right to representation by legal counsel in prison disciplinary hearings in the light of section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appellant was an inmate of the Stony Mountain Institution in Manitoba when he was involved in December 1982 and January 1983 in incidents which led to the laying of seven charges against him under section 39 of the *Penitentiary Service Regulations* as follows:

39(a) disobeys or fails to obey a lawful order of a penitentiary officer, allegedly having occurred twice, on December 31, 1982, and on January 20, 1983;

39(b) assaults or threatens to assault another person, allegedly having occurred on December 31, 1982;

39(g) is indecent, disrespectful or threatening in his actions, language or writing toward any other person, allegedly having occurred on December 31, 1982;

39(i) has contraband in his possession, allegedly having occurred twice, on December 31, 1982, and on January 4, 1983;

39(k) does any act that is calculated to prejudice the discipline or good order of the institution, allegedly having occurred on December 31, 1982;

He pleaded guilty to the earlier charges under both paragraphs 39(a) and 39(i), and not guilty to all of the others.

All of the charges against him were laid as "flagrant or serious", for which the punishment is defined by section 38 of the *Regulations* as follows:

J'accueillerais l'appel avec dépens et annulerais le rejet de la demande de bref de prohibition. Comme un bref de prohibition n'aurait plus aucun effet en l'espèce, je rends un jugement déclaratoire portant que l'appellant avait droit aux services d'un avocat pour présenter sa défense aux accusations portées contre lui et qu'il a droit aux dépens afférents à la demande.

LE JUGE PRATTE: Je souscris aux présents motifs.

\* \* \*

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

LE JUGE MACGUIGAN: Il est question, en l'espèce, du droit à la représentation par avocat aux audiences en matière de discipline carcérale et ce, sous l'éclairage de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'appellant, alors détenu à l'établissement de Stony Mountain au Manitoba, fut impliqué, en décembre 1982 et en janvier 1983, dans certains incidents qui entraînèrent le dépôt contre lui, en vertu de l'article 39 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, de sept chefs d'accusation formulés comme suit:

[TRADUCTION] 39a) le 31 décembre 1982 et le 20 janvier 1983, avoir désobéi ou omis d'obéir à un ordre légitime d'un fonctionnaire du pénitencier;

39b) le 31 décembre 1982, s'être livré ou avoir menacé de se livrer à des voies de fait sur la personne d'autrui;

39g) le 31 décembre 1982, s'être comporté par ses actions, propos ou écrits, d'une façon indécente, irrespectueuse ou menaçante envers autrui;

39i) le 31 décembre 1982 et le 4 janvier 1983, avoir eu de la contrebande en sa possession;

39k) le 31 décembre 1982, avoir commis un acte propre à nuire à la discipline ou au bon fonctionnement de l'établissement;

Il a plaidé coupable sur les premiers chefs d'accusation présentés en vertu des alinéas 39a) et 39i) et non coupable à l'égard de tous les autres chefs d'accusation.

Toutes les accusations portées contre lui ont été qualifiées de «flagrantes ou graves» et sont susceptibles d'entraîner les peines suivantes prévues à l'article 38 du *Règlement*:

38. ...

(4) The punishment that may be ordered for a flagrant or serious disciplinary offence shall consist of one or more of the following:

- (a) forfeiture of statutory remission or earned remission or both;
- (b) dissociation for a period not exceeding thirty days;
- (c) loss of privileges.

The appellant was not eligible for statutory remission but he was subject to loss of all of the earned remission that stood to his credit, viz. 267 days.

The appellant obtained Legal Aid counsel and applied to have counsel represent him at the hearing of the charges. The Presiding Officer of the Inmate Disciplinary Court of the institution (the respondent herein), who was a practising barrister and solicitor, denied the appellant's request for counsel on April 11, 1983. The appellant then sought an order from the Trial Division prohibiting the respondent from continuing or concluding the hearing of the charges in the absence of legal counsel. That order was refused by the Trial Division on June 7, 1983.

A peculiarity of this case is that because the appellant was due to be released from prison on mandatory supervision two days later and in the absence of any statutory authorization to try him for disciplinary offences committed in prison after his release, the Presiding Officer presumed to proceed immediately to hearing, conviction and sentence, despite having notice of appeal to this Court. We were informed by counsel for the appellant that his client was found guilty on six of the seven counts (including the two on which he pleaded guilty) and was sentenced to forfeiture of 70 days of his earned remission.

Given that this action by the Disciplinary Court rendered ineffective the order of prohibition sought and that the appellant's sentence has since expired (although he is in prison again on a conviction for a subsequent offence), the Court exercised its discretion to hear the matter on its merits only because both parties urged upon us the importance

38. ...

(4) Le détenu qui commet une infraction flagrante ou grave à la discipline est passible de l'une ou plusieurs des peines suivantes:

- a) de la perte de la réduction statutaire de peine ou de la réduction de peine méritée, ou des deux;
- b) de l'interdiction de se joindre aux autres pendant une période d'au plus trente jours;
- c) de la perte de privilèges.

L'appelant n'était pas admissible à une réduction statutaire de peine mais pouvait perdre les 267 jours de réduction de peine méritée qu'il avait à son crédit.

L'appelant a obtenu les services d'un avocat de l'aide juridique et a demandé d'être représenté par un avocat à l'audition des accusations portées contre lui. Le président du tribunal disciplinaire des détenus de l'établissement (l'intimé aux présentes), qui était avocat et procureur en exercice, a rejeté, le 11 avril 1983, la requête présentée par l'appelant en vue d'être représenté par avocat. L'appelant a alors sollicité auprès de la Division de première instance une ordonnance interdisant à l'intimé de poursuivre ou de conclure, en l'absence d'un conseiller juridique, l'audition des accusations. Le 7 juin 1983, la Division de première instance a refusé d'accorder cette ordonnance.

La présente affaire a ceci de singulier, que l'appelant devait être libéré sous surveillance obligatoire deux jours plus tard et qu'il n'existait aucune disposition légale permettant de le juger après sa libération pour des infractions disciplinaires commises durant son séjour en prison. C'est pour ces deux raisons que le président du tribunal a entrepris d'instruire l'affaire sur-le-champ, a déclaré le détenu coupable et prononcé la sentence, bien qu'il ait été avisé de l'appel interjeté devant cette Cour. L'avocat de l'appelant nous a appris que ce dernier a été reconnu coupable de six des sept chefs d'accusation (y compris les deux sur lesquels il avait plaidé coupable) et qu'on a prononcé contre lui la déchéance de 70 jours de réduction de peine méritée.

Étant donné que ce geste du tribunal disciplinaire a rendu inefficace l'ordonnance de prohibition sollicitée et que l'appelant a depuis longtemps fini de purger sa peine (bien qu'il soit de nouveau en prison à la suite d'une condamnation pour une infraction subséquente), la Cour n'a décidé de faire usage de son pouvoir discrétionnaire pour

of a decision on the matter by this Court, especially in the light of the new exigencies of the Charter.

The case law applicable for the most part antedates the Charter. After holding in *Martineau* (No. 1) (*Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118) that prison disciplinary proceedings could not be reviewed under section 28 of the *Federal Court Act* since they are administrative in character and so not required by law to be determined on a judicial or quasi-judicial basis, the Supreme Court of Canada established in *Martineau* (No. 2) (*Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602), an action under section 18 of the same Act, that an inmate disciplinary board is nevertheless subject to a duty of fairness. It did not have reason, on the facts of *Martineau* (No. 2), to decide on the implications of this duty for legal representation.

The earlier attitude of the English courts to this issue was put forth by Lord Denning M.R. in *Fraser v. Mudge*, [1975] 1 W.L.R. 1132 (Eng. C.A.), at pages 1133-1134:

We all know that, when a man is brought up before his commanding officer for a breach of discipline, whether in the armed forces or in ships at sea, it never has been the practice to allow legal representation. It is of the first importance that the cases should be decided quickly. If legal representation were allowed, it would mean considerable delay. So also with breaches of prison discipline. They must be heard and decided speedily. Those who hear the cases must, of course, act fairly. They must let the man know the charge and give him a proper opportunity of presenting his case. But that can be done and is done without the matter being held up for legal representation. I do not think we ought to alter the existing practice. We ought not to create a precedent such as to suggest that an individual is entitled to legal representation.

A similar attitude was expressed in this country by Cattanach J. in *Re Davidson and Disciplinary Board of Prison for Women et al.* (1981), 61 C.C.C. (2d) 520 (F.C.T.D.), at page 534:

entendre l'affaire au fond que parce que les parties ont souligné l'importance qu'une décision de notre Cour sur cette question pourrait avoir, étant donné les exigences nouvelles imposées par la Charte.

<sup>a</sup> La plus grande partie de la jurisprudence applicable en l'espèce date d'avant l'adoption de la Charte. Après avoir jugé dans l'arrêt *Martineau* (N° 1) (*Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118) que les procédures en matière de discipline carcérale ne pouvaient faire l'objet d'un examen en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* puisqu'il s'agit de procédures de nature administrative qui ne sont pas légalement soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, la Cour suprême du Canada a déclaré dans l'affaire *Martineau* (N° 2) (*Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602), concernant une demande présentée en vertu de l'article 18 de cette même Loi, qu'un comité de discipline des détenus est néanmoins soumis à l'obligation d'agir avec équité. Compte tenu des faits de l'affaire *Martineau* (N° 2), la Cour suprême n'avait toutefois pas à se prononcer sur les conséquences de cette obligation quant à la représentation par avocat.

L'attitude qu'ont adoptée au départ les tribunaux anglais face à cette question a été formulée par le Maître des rôles, lord Denning, dans l'affaire *Fraser v. Mudge*, [1975] 1 W.L.R. 1132 (C.A. Angl.), aux pages 1133 et 1134:

[TRADUCTION] Nous savons tous que lorsqu'un homme est amené devant son chef pour une violation des règles de discipline, que ce soit dans les forces armées ou sur un navire en mer, l'usage n'a jamais été d'accorder la représentation par avocat. Il est de première importance que ces affaires soient réglées rapidement. Si l'on permettait la représentation par avocat, des délais considérables s'ensuivraient. C'est aussi le cas des infractions aux règles de discipline carcérale. Elles doivent être instruites et tranchées rapidement. Ceux qui procèdent à l'instruction doivent, bien sûr, agir équitablement. Ils doivent informer l'homme de l'accusation et lui donner la possibilité de faire valoir sa défense. Mais cela peut se faire et se fait sans que l'affaire soit retardée par la représentation par avocat. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de modifier l'usage existant. Il nous faut éviter de créer un précédent dont on pourrait ensuite s'autoriser pour soutenir qu'il y a un droit à se faire représenter par un avocat.

Au Canada, le juge Cattanach a formulé une opinion semblable dans l'arrêt *Re Davidson et un comité de discipline de la prison des femmes et autre* (1981), 61 C.C.C. (2d) 520 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 534:

The very nature of a prison is such prison officers must make immediate decisions, the disobedience of which by inmates will necessarily result in charges being laid and restrictions and penalties imposed. This is essential and must be made as part of the routine process. Disobedience to legitimate orders in this regard must be followed by swift and certain punishment. If the powers and authority of the prison officers are curbed and the deterrent of speedy and sure punishment removed the consequences will be chaotic.

For my part I find it difficult to envision circumstances where, upon a trial for breach of military or prison discipline, the presence of counsel is essential to ensure that the duty of fairness is observed.

However, Cattanach J. held that the presiding officer of a disciplinary tribunal has the discretion to allow an inmate representation by legal counsel, and that his failure actually to exercise that discretion, under the influence of Correctional Service guidelines refusing legal representation at all such hearings, amounted to a denial of natural justice.

In the result, this coincided with the approach taken by Nitikman D.J. in *Minott v. Presiding Officer of the Inmate Disciplinary Court of Stony Mountain Penitentiary et al.*, [1982] 1 F.C. 322 (T.D.). Subsequently, Addy J. reiterated in *Blanchard v. Disciplinary Board of Millhaven Institution et al.*, [1983] 1 F.C. 309, at pages 311-312; 69 C.C.C. (2d) 171 (T.D.), at page 174, that counsel may be present only at the discretion of the presiding officer:

There is no right to counsel; whether counsel representing the prisoner is to be allowed to be present is a matter for the discretion of the chairman conducting the enquiry. Occasions might possibly arise where matters are so complicated from a legal standpoint that the duty to act fairly might require the presence of counsel, but I cannot at the moment envisage such a situation, especially where the person conducting the enquiry is a legally qualified barrister and solicitor, as in the present case. Furthermore, the questions arising in these disciplinary proceedings are, generally, of a factual nature.

These Canadian cases take the position that at common law a presiding officer's duty to act fairly may on particular facts require representation by legal counsel but does not necessarily do so, and they describe the decision as to such representation as being within the discretion of the presiding officer. That this is where the law in England has

La nature même de la prison fait que la direction doit pouvoir prendre des décisions exécutoires immédiatement, décisions qui, en cas de désobéissance des détenus, amèneront nécessairement des poursuites et l'imposition de sanctions. Cela est essentiel et doit être courant. La désobéissance aux ordres légitimes doit à cet égard être sanctionnée rapidement et efficacement. Si les pouvoirs et l'autorité de la direction sont contestés et l'effet dissuasif de la certitude d'une sanction rapide supprimé, ce sera le chaos.

Pour ma part, j'estime difficile de concevoir des circonstances où lors de l'instruction d'une infraction à la discipline militaire ou carcérale, la présence d'un avocat soit essentielle au respect de l'obligation d'équité.

Toutefois, le juge Cattanach a jugé que le président du tribunal disciplinaire a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser un détenu à être représenté par avocat et que le défaut par le président d'exercer réellement ce pouvoir discrétionnaire, en raison des directives du Service correctionnel qui nient le droit à la représentation par avocat pour toute audition de ce genre, équivalait à un déni de justice naturelle.

En définitive, cette décision coïncide avec l'approche adoptée par le juge suppléant Nitikman dans *Minott c. Le président du tribunal disciplinaire des détenus du pénitencier de Stony Mountain et autre*, [1982] 1 C.F. 322 (1<sup>re</sup> inst.). Par la suite, le juge Addy a réitéré, aux pages 311 et 312 de la décision *Blanchard c. Le Comité de discipline de l'établissement de Millhaven et autre*, [1983] 1 C.F. 309; 69 C.C.C. (2d) 171 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 174, l'opinion suivant laquelle la présence de l'avocat est laissée à la discrétion du président du tribunal:

Il n'existe pas de droit à la représentation par avocat. La personne qui préside l'enquête est entièrement libre de permettre ou de refuser la présence de l'avocat qui représente le prisonnier. Il peut y avoir des auditions où les questions sont si complexes du point de vue juridique que l'obligation d'agir équitablement amène la nécessité de permettre la présence d'un avocat, mais je ne peux pour le moment concevoir une telle situation, surtout lorsque la personne responsable de l'enquête est un avocat dûment qualifié, comme en l'espèce. De plus, les questions soulevées dans ces procédures disciplinaires portent habituellement sur des faits.

Ces décisions canadiennes adoptent la position suivante: en vertu de la *common law*, l'obligation pour le président du tribunal d'agir équitablement peut, en raison des faits particuliers d'une cause, exiger une représentation par avocat, mais pas nécessairement. Ces décisions précisent également que la décision d'accorder cette représentation est

now arrived is indicated by *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Tarrant*, [1984] 2 W.L.R. 613 (Eng. Q.B.D.). It was on the basis of the same understanding of the law that the Trial Judge here found no basis for disagreeing with the Presiding Officer's decision to deny applicant's request to be represented by counsel at the hearing.

However, the appellant contends that two new elements must be deemed to change the law as hitherto applied: changes in the *Penitentiary Act* and Regulations and the effect of section 7 of the Charter.

On the first point the appellant argues that when the Supreme Court of Canada rendered its decisions in the two *Martineau* cases the disciplinary system was a different one from that which now exists. The then system had a disciplinary board presided over by the institutional director or his nominee, and it was only such a system, it is contended, that Dickson J. (as he then was) had in mind when he said in *Martineau* (No. 2), at page 629, that "An inmate disciplinary board is not a court." The present provision for a presiding officer drawn from outside the Correctional Service and the formality of the procedure required are sufficient to constitute a court. The procedural guidelines in Commissioner's Directive No. 213 and Annex "A" to the Directive propose: a formal charge similar in form to a criminal information; 24 hours written notice of the charge; a formal plea; an opportunity for the inmate to make full answer and defence to the charge, including the introduction of relevant documents, the questioning and cross-examination of witnesses through the presiding officer, and the calling of witnesses; a right on the inmate's part not to incriminate himself; a decision based solely on the evidence addressed at the hearing; the criminal-law standard of guilt beyond a reasonable doubt; the recording of proceedings; and, upon a finding or admission of guilt, the imposition of a sentence. The appellant argues that the restrictions contained in the Commissioner's Directives on cross-examination and the calling of defence witnesses, which

laissée à la discrétion du président du tribunal. C'est également à cela qu'est parvenu le droit en Angleterre sur cette question comme en témoigne l'affaire *Reg. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Tarrant*, [1984] 2 W.L.R. 613 (Q.B.D. Angl.). C'est en se fondant sur la même interprétation du droit que le juge de première instance n'a trouvé en l'espèce aucune raison d'aller à l'encontre de la décision du président du tribunal de refuser la requête du détenu en vue d'être représenté par un avocat à l'audition.

Cependant, l'appelant soutient que deux nouveaux éléments sont venus modifier le droit qui s'appliquait jusqu'ici: les modifications apportées à la *Loi sur les pénitenciers* et à son Règlement, ainsi que l'effet de l'article 7 de la Charte.

Pour ce qui est du premier point, l'appelant prétend que lorsque la Cour suprême du Canada s'est prononcée dans les deux affaires *Martineau*, le système disciplinaire était différent de celui qui existe aujourd'hui. Le système en vigueur à l'époque comportait un comité disciplinaire présidé par le directeur de l'établissement ou la personne choisie par ce dernier, et ce n'est que ce système, soutient-on, que le juge Dickson (tel était alors son titre) avait à l'esprit lorsqu'il a déclaré dans l'affaire *Martineau* (N° 2) à la page 629, qu'«Un comité de discipline des détenus n'est pas une cour.» La disposition en vigueur aujourd'hui, qui prévoit la nomination d'un président choisi à l'extérieur du Service correctionnel, et le formalisme entourant la procédure qui doit être suivie devant le tribunal disciplinaire suffiraient à en faire une cour. En matière de procédure, la Directive du commissaire N° 213 et son annexe «A» prévoient ce qui suit: une accusation formelle semblable au plan de la forme à une dénonciation criminelle; un avis écrit de 24 heures informant le détenu de l'accusation; un plaidoyer formel; la possibilité pour le détenu de dire tout ce qu'il a à dire pour sa défense, y compris la production de documents pertinents, l'interrogatoire et le contre-interrogatoire de témoins par l'entremise du président et l'assignation de témoins; le droit du détenu de ne pas s'incriminer; une décision fondée uniquement sur la preuve produite à l'audience; la norme de droit criminel de culpabilité au-delà de tout doute raisonnable; l'enregistrement des procédures; et, à

might appear to point in the other direction, may be legally impeachable.

It is true that the *Report to Parliament by the Sub-Committee on the Penitentiary System in Canada*, Minister of Supply and Services Canada, 1977, sparked a major re-examination from mid-1977 of justice within prison walls. Recommendation 30 (*ibid.*, at page 91) is particularly apposite:

Independent chairpersons are required immediately in all institutions to preside over disciplinary hearings. Cases should be proceeded with within 48 hours unless there is reasonable cause for delay.

By early 1978 independent chairpersons were presiding over all disciplinary hearings in maximum security institutions, and by the end of 1980 the new system had also been extended to medium security institutions.

In *R. v. Mingo et al.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (B.C.S.C.) where several accused who had been convicted of offences in disciplinary proceedings were subsequently charged with closely-related offences under the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34], a British Columbia Court held that since the disciplinary proceedings were administrative acts, there was no Charter violation by the subsequent criminal proceedings. Toy J. rejected (at page 34) the same argument made by the appellant here, *viz.* that changes in the Regulations since *Martineau* (No. 2) created a court in the traditional sense:

Other than the change in name the function performed by the disciplinary court is precisely what the institutional head historically could do and still is entitled to do, namely, adjudicate and order punishment for disciplinary offences. It is still a private or domestic court exclusively maintained to adjudicate upon inmates' disciplinary offences and to order the restricted punishments of loss of earned remission and punitive segregation.

la suite d'un verdict ou d'un aveu de culpabilité, l'imposition d'une sentence. L'appelant prétend aussi qu'il est possible de contester la légalité des limites imposées par les Directives du commissaire <sup>a</sup> relativement au contre-interrogatoire et à l'assignation des témoins à décharge, car ces Directives semblent aller en sens contraire des autres.

Il est vrai que le *Rapport à la Chambre du Sous-comité sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada*, ministre des Approvisionnements et Services du Canada, 1977, a déclenché dès la mi-1977 une révision en profondeur de l'administration de la justice à l'intérieur des prisons. La recommandation N° 30 (*ibid.*, à la page 101) est particulièrement pertinente:

Des présidents indépendants sont requis immédiatement dans toutes les institutions pour présider les audiences disciplinaires. Les affaires doivent être jugées dans les quarante-huit heures, à <sup>d</sup> moins qu'il y ait des motifs raisonnables pour un délai supérieur.

Au début de l'année 1978, des présidents indépendants instruisaient déjà les audiences disciplinaires dans les établissements à sécurité maximale et, à la fin de l'année 1980, le nouveau système était en place dans les établissements à sécurité moyenne.

Dans *Reg. v. Mingo et al.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 23 (C.S.C.-B.), affaire dans laquelle plusieurs personnes avaient été accusées, en vertu du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34], d'infractions ressemblant beaucoup à celles dont elles venaient d'être reconnues coupables au terme des procédures disciplinaires, un tribunal de la Colombie-Britannique a jugé que, puisque les procédures disciplinaires constituaient des actes de nature administrative, on n'avait pas contrevenu à la Charte en intentant ultérieurement des procédures criminelles. Le juge Toy a rejeté (à la page 34) l'argument présenté par l'appelant en l'espèce, qui consiste à dire que les modifications apportées au Règlement depuis l'affaire *Martineau* (N° 2) ont créé une cour au sens traditionnel du terme:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] À part le changement de désignation, la fonction remplie par le tribunal disciplinaire constitue précisément ce que le chef de l'établissement pouvait faire auparavant et peut encore faire aujourd'hui, à savoir, rendre une décision sur les infractions disciplinaires et imposer une peine. Il s'agit toujours d'un tribunal privé ou interne chargé exclusivement de juger les infractions disciplinaires des détenus et d'imposer certaines peines limitées, soit la perte de réduction de peine méritée et l'isolement punitif.

To the contrary on the status of a disciplinary court is *In re Prisons Act and in re Pollard et al.*, February 20, 1980, unreported, file no. 1355, 1979 (S.C. Nfld.), where the conviction of two warders for breach of prison regulations was quashed because, *inter alia*, they were denied representation at their trial. Goodridge J. held that the forum in question was a statutory tribunal exercising a judicial function (at pages 19-20):

Unlike a domestic tribunal to whose jurisdiction the parties appearing before it have submitted by being members of the association creating it, a statutory tribunal exercising a judicial function is established by law and without the consent of the parties whom it may concern.

Before such tribunals the right to representation is essential.

Goodridge J. indicated in *obiter dicta* (at page 30) that the same result would also apply to the disciplining of prisoners.

Although in my opinion an interpretation of the procedural changes as merely nominal is a less than adequate one, it would on the other hand be excessive to view them as having already created a court. There is no prosecution in the strict sense and no prosecuting officer. The presiding officer, who is assisted by two correctional officers whose unusual function was rationalized by Cattanach J. in *Re Davidson et al.*, *supra*, at page 535, as being like that of "assessors in an Admiralty action before the Federal Court of Canada", has something of an inquisitorial role. Certainly, the whole procedure lacks a fully adversarial character.

Even more, the new procedural structure is still incomplete in its legality. Regulation 38.1, supported by subsection 24.1(2) of the *Penitentiary Act*, authorizes the appointment of presiding officers for disciplinary courts, but their use remains optional. The procedures at hearings and even the requirement that serious or flagrant offences should be tried by independent chairpersons are found only in Commissioner's Directives, which were held in *Martineau* (No. 1) not to have the status of law. In the result, while a new legal

Une opinion contraire relativement à cette question du statut du tribunal disciplinaire a été formulée dans *In re Prisons Act and in re Pollard et al.*, le 20 février 1980, non publié, n° du greffe 1355, 1979 (C.S.T.-N.), affaire dans laquelle la déclaration de culpabilité prononcée contre deux gardiens pour la violation des règlements de la prison a été annulée parce que, entre autres choses, on leur avait refusé le droit d'être représentés à l'audition.

b Le juge Goodridge a déclaré que le forum en question était un tribunal créé par la loi, qui exerçait une fonction judiciaire (aux pages 19 et 20):

[TRADUCTION] Contrairement au cas d'un tribunal interne, où les parties qui comparaissent, en devenant membres de l'association qui l'a créé, ont accepté d'être assujetties à sa compétence, un tribunal créé par la loi et exerçant une fonction judiciaire est établi par voie législative sans le consentement des parties qu'il peut viser.

c Le droit à la représentation est essentiel devant de tels tribunaux.

d Le juge Goodridge a indiqué en *obiter* (à la page 30) que cette décision s'appliquerait également en matière de discipline des détenus.

e Bien qu'à mon avis il soit inexact de dire que les modifications de la procédure se sont limitées à un changement de désignation, il serait par ailleurs excessif de considérer qu'elles ont déjà eu pour effet de créer une cour. Il n'y a pas de poursuites au sens strict du terme ni de poursuivant. Le rôle du président qui est assisté de deux fonctionnaires du Service correctionnel accomplissant une tâche inhabituelle, que le juge Cattanach a tenté d'expliquer dans *Re Davidson et autres*, précité, à la page 535, en les comparant «aux assesseurs des affaires d'amirauté en Cour fédérale», tient de la procédure inquisitoire. Dans l'ensemble, cette procédure ne présente certainement pas toutes les caractéristiques de la procédure accusatoire.

f Qui plus est, cette nouvelle procédure n'a pas encore été entièrement établie par la loi. L'article 38.1 du Règlement, s'appuyant sur le paragraphe 24.1(2) de la *Loi sur les pénitenciers*, autorise la nomination de présidents pour les tribunaux disciplinaires, mais ces nominations demeurent encore facultatives. Les règles de procédure aux audiences et même l'exigence suivant laquelle les infractions graves ou flagrantes doivent être instruites par des présidents venant de l'extérieur ne sont inscrites que dans les Directives du commissaire qui,

system in prison disciplinary hearings may be in the process of evolution, it has not yet emerged. Legally speaking, the only advance has been to a fairer version of the same basic model considered by the Supreme Court in the two *Martineau* cases.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does, however, introduce a distinctly new perspective: where it does not create new rights, it may nevertheless enhance existing ones.

The appellant abandoned before this Court his argument based on paragraph 11(d) of the Charter and relied solely on section 7, which reads as follows:

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.

As this Court established in *The Queen, et al. v. Operation Dismantle Inc., et al.*, [1983] 1 F.C. 745 (C.A.) only a deprivation of life, liberty or security of the person that results from a breach of the principles of fundamental justice is contrary to this section. The only right which is in question here is that to liberty; "security of the person" does not appear to add anything to "liberty" in the present context.

What are the principles of fundamental justice which protect the right to liberty? In *Joplin v. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52 (B.C.S.C.), at page 58 McEachern C.J.S.C. said "fundamental justice is justice and fairness, nothing more and nothing less." On this basis he held that a police officer who was denied counsel at a disciplinary hearing under the B.C. Police (Discipline) Regulations was denied fundamental justice, but he felt that the result would be the same under the general law as under the Charter—and as to the general law he cited the decision by Addy J. in a similar case involving the R.C.M.P. before the coming into effect of the Charter (*In re Husted and in re the Royal Canadian Mounted Police Act*, [1981] 2 F.C. 791; 58 C.C.C. (2d) 156 (T.D.)).

comme il a été décidé dans l'affaire *Martineau* (N° 1), n'ont pas force de loi. Par conséquent, même si le nouveau système légal en matière d'audiences disciplinaires dans les prisons est en voie d'évolution, il n'a pas encore pris forme. Juridiquement, le seul progrès réalisé a été la mise en place d'une version plus équitable du même modèle de base examiné par la Cour suprême dans les deux affaires *Martineau*.

Toutefois, la *Charte canadienne des droits et libertés* introduit une perspective incontestablement nouvelle, car là où elle ne crée pas de droits nouveaux, elle peut néanmoins accroître la portée de ceux qui existent déjà.

Devant cette Cour, l'appelant a renoncé à son argument fondé sur l'alinéa 11d) de la Charte pour ne s'appuyer que sur l'article 7 qui porte:

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.

Comme l'a dit cette Cour dans *La Reine, et autres c. Operation Dismantle Inc., et autres*, [1983] 1 C.F. 745 (C.A.), seule contrevient à cette disposition l'atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité d'une personne qui découle d'une violation des principes de justice fondamentale. Le seul droit dont il est question en l'espèce est le droit à la liberté; l'expression «la sécurité de sa personne» ne semble pas ajouter quoi que ce soit au mot «liberté» dans le présent contexte.

Quels sont les principes de justice fondamentale qui protègent le droit à la liberté? Dans l'arrêt *Joplin v. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, [1983] 2 W.W.R. 52 (C.S.C.-B.), à la page 58, le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a dit que [traduction] «la justice fondamentale c'est la justice et l'équité, rien de plus et rien de moins». Se fondant sur ce principe, il a conclu qu'il y avait eu déni de justice fondamentale dans le cas d'un officier de police qui s'était vu refuser le droit d'être représenté par avocat à une audience disciplinaire tenue en vertu des *Police (Discipline) Regulations* de la Colombie-Britannique ([TRADUCTION] Règlement sur la police (discipline)), mais il a estimé que le résultat serait le même tant en vertu du droit général qu'en vertu de la Charte—et, quant au droit général, il a cité la décision rendue par le juge Addy dans un



Section 7 was recently applied in two cases involving parole proceedings. In *R. v. Cadeddu* (1982), 3 C.R.R. 312 (Ont. H.C.) Potts J. held that section 7 required an in-person hearing for a revocation of parole and in *Re Swan and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 130 (B.C.S.C.), McEachern C.J.S.C. followed *Cadeddu*. Commenting on section 7 (as well as section 9) of the Charter some months after his earlier reflection in *Joplin*, McEachern C.J.S.C. stated (at page 141):

These provisions impatiently await analysis by appellate authority, but they seem to me to tilt the scales strongly towards the requirements of natural justice rather than just procedural fairness in the post-revocation process.

*Cadeddu* was also followed by Smith J. in *R. v. Nunery* (1983), 5 C.R.R. 69 (Ont. H.C.) on almost identical facts. In addition, Decary J. in *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218; 6 C.R.R. 89 (T.D.) applied section 7 to an inmate transfer within the penitentiary system.

Other judicial statements besides those of McEachern C.J.S.C. in *Re Swan* also support natural justice as the standard under section 7: McLellan N.S. Co. Ct. J. in *R. v. Sibley* (1982), 4 C.R.R. 166, at page 168 ("I see little difference between the principles of 'fundamental justice' and the principles of 'natural justice'"); Durand J. in *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (Que. S.C.), at page 438 ("It is also established that the words 'fundamental justice—justice fondamentale' are synonymous with 'natural justice—justice naturelle'"); McCarthy, Prov. J. in *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (B.C. Prov. Ct.), at page 388. ("If 'fundamental justice' means 'natural justice' (as I believe it to mean) . . .").

cas semblable mettant en cause la G.R.C. avant l'entrée en vigueur de la Charte (*In re Husted et in re la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, [1981] 2 C.F. 791; 58 C.C.C. (2d) 156 (1<sup>re</sup> inst.)).

<sup>a</sup> L'article 7 a été appliqué récemment dans deux affaires portant sur des procédures en matière de libération conditionnelle. Dans *R. v. Cadeddu* (1982), 3 C.R.R. 312 (H.C. Ont.), le juge Potts a déclaré que l'article 7 exigeait qu'une audience portant sur la révocation d'une libération conditionnelle se tienne en présence de la personne visée et dans *Re Swan and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 130 (C.S.C.-B.), le juge en chef McEachern a suivi la décision *Cadeddu*. Commentant l'article 7 (de même que l'article 9) de la Charte quelques mois après ses précédentes observations dans *Joplin*, le juge en chef McEachern a déclaré (à la page 141):

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Ces dispositions attendent impatiemment qu'une cour d'appel les analyse, mais il me semble qu'elles penchent fortement vers l'exigence du respect des règles de la justice naturelle plutôt que simplement vers l'équité de la procédure dans le processus postérieur à la révocation.

<sup>e</sup> La décision *Cadeddu* a également été suivie par le juge Smith dans *R. v. Nunery* (1983), 5 C.R.R. 69 (H.C. Ont.), qui portait sur des faits presque identiques. De plus, le juge Decary dans *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218; 6 C.R.R. 89 (1<sup>re</sup> inst.) a appliqué l'article 7 dans le cas d'un transfert de détenu au sein du système des pénitenciers.

D'autres juges que le juge en chef McEachern (*Re Swan*) ont appuyé le principe suivant lequel la justice naturelle est la norme applicable en vertu de l'article 7: le juge McLellan de la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse dans *R. v. Sibley* (1982), 4 C.R.R. 166, à la page 168 ([TRADUCTION] «Je vois peu de différence entre les principes de «justice fondamentale» et les principes de «justice naturelle»); le juge Durand dans *Re Jamieson and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (C.S. Qc), à la page 438 ([TRADUCTION] «Il est également établi que l'expression «fundamental justice—justice fondamentale» est synonyme de «natural justice—justice naturelle»); le juge McCarthy de la Cour provinciale dans *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (C.P.C.-B.), à la page 388 ([TRADUCTION] «Si «justice fondamentale» signifie «justice naturelle» (comme c'est le cas selon moi) . . .»).

The standard applied by the majority of the Supreme Court of Canada in both *Martineau* cases to prison disciplinary proceedings before the Charter was the lesser standard of procedural fairness. However, Dickson J. for the three concurring Judges in *Martineau* (No. 2) at pages 630-631, urged a broader approach:

7. It is wrong, in my view, to regard natural justice and fairness as distinct and separate standards and to seek to define the procedural content of each. In *Nicholson*, the Chief Justice spoke of a "... notion of fairness involving something less than the procedural protection of the traditional natural justice". Fairness involves compliance with only some of the principles of natural justice. Professor de Smith (3rd ed. 1973, p. 208) expressed lucidly the concept of a duty to act fairly:

In general it means a duty to observe the rudiments of natural justice for a limited purpose in the exercise of functions that are not analytically judicial but administrative.

The content of the principles of natural justice and fairness in application to the individual cases will vary according to the circumstances of each case, as recognized by Tucker L. J. in *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109, at p. 118.

8. In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and with fairness.

The surest footing on which to stand in the instant case would appear to be this common ground between natural justice as applied to quasi-judicial proceedings and fairness as applied to administrative action that Dickson J. draws attention to in the passage just quoted. The underlying question in both cases thus becomes whether the tribunal acted fairly. On this approach, the content of the principles of fundamental justice may vary somewhat according to circumstances.

Section 7 in fact makes no distinction between administrative and quasi-judicial proceedings. The only standard it enunciates is the right not to be deprived of the right to liberty "except in accordance with the principles of fundamental justice". While one can agree with Scollin J. in *Re Balderstone et al. and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 37 (Man. Q.B.), at page 46 that "The Charter did not repeal yesterday and did not abolish reality", one may not conclude from this that the Charter

C'est la norme moins exigeante de l'équité dans la procédure que les juges de la majorité de la Cour suprême du Canada, dans les deux affaires *Martineau*, ont appliquée aux audiences en matière de discipline carcérale avant l'adoption de la Charte. Cependant, le juge Dickson, se prononçant pour les trois juges qui l'appuyaient dans l'affaire *Martineau* (N° 2) aux pages 630 et 631, a recommandé une approche plus large:

7. A mon avis, il est erroné de considérer la justice naturelle et l'équité comme des normes distinctes et séparées et de chercher à définir le contenu procédural de chacune. Dans *Nicholson*, le juge en chef a parlé d'une «notion d'équité, moins exigeante que la protection procédurale de la justice naturelle traditionnelle». L'équité ne comporte le respect que de certains principes de justice naturelle. Le professeur de Smith (3<sup>e</sup> éd. 1973, p. 208) a lucidement exprimé le concept d'une obligation d'agir équitablement:

[TRADUCTION] Cela signifie en général l'obligation de respecter les principes élémentaires de justice naturelle à une fin limitée, dans l'exercice de fonctions qui, à l'analyse, ne sont pas judiciaires mais administratives.

Le contenu des principes de justice naturelle et d'équité applicables aux cas individuels variera selon les circonstances de chaque cas, comme l'a reconnu le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109, à la p. 118.

8. En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l'égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c'est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l'équité.

La base la plus sûre pour se prononcer en l'espèce semble être cette assise commune à la justice naturelle applicable aux procédures quasi judiciaires et à l'équité applicable aux décisions de nature administrative, assise sur laquelle le juge Dickson attire notre attention dans l'extrait précité. Dans les deux cas, la question sous-jacente est donc de déterminer si le tribunal a agi équitablement. Dans le cadre de cette approche, la teneur des principes de justice fondamentale peut varier quelque peu selon les circonstances.

En fait, l'article 7 ne fait pas de distinction entre les procédures administratives et les procédures quasi judiciaires. La seule norme énoncée par cette disposition est le droit de n'être privé du droit à sa liberté «qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». Bien qu'on puisse être d'accord avec le juge Scollin dans *Re Balderstone et al. and The Queen* (1982), 2 C.C.C. (3d) 37 (B.R. Man.), lorsqu'il dit à la page 46 que [TRADUCTION] «La Charte n'a pas effacé le passé et n'a pas

merely affirms the legal *status quo* in any particular area. There is no *a priori* presumption as to which legal doctrines are to be preserved, which to be modified, and which to be abrogated. The only guide to judicial interpretation is the Charter itself. Estey J. put it this way for the Supreme Court in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pages 366-367; 8 C.R.R. 193, at pages 200-201:

There are some simple but important considerations which guide a Court in construing the *Charter*, and which are more sharply focussed and discernible than in the case of the federal *Bill of Rights*. The *Charter* comes from neither level of the legislative branches of government but from the Constitution itself. It is part of the fabric of Canadian law. Indeed, it "is the supreme law of Canada": *Constitution Act, 1982*, s. 52. It cannot be readily amended. The fine and constant adjustment process of these constitutional provisions is left by a tradition of necessity to the judicial branch. Flexibility must be balanced with certainty. The future must, to the extent foreseeably possible, be accommodated in the present. The *Charter* is designed and adopted to guide and serve the Canadian community for a long time. Narrow and technical interpretation, if not modulated by a sense of the unknowns of the future, can stunt the growth of the law and hence the community it serves. All this has long been with us in the process of developing the institutions of government under the *B.N.A. Act, 1867* (now the *Constitution Act, 1867*). With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court. [Emphasis added.]

The respondent maintains that distinctions should be drawn among cases involving the loss of one's absolute liberty, those involving the loss of conditional liberty as in parole revocation, and those like the one at bar involving the potential loss of anticipated conditional liberty, where the expected remission is subject to good conduct.

The respondent did not argue that there was no liberty interest at stake in the instant case, but only that there was none such as to attract the application of section 7 of the Charter in reference to the right to counsel: even after an inmate's release from penitentiary on mandatory supervision the original sentence still survives and his conditional liberty is always liable to be lost; in

aboli la réalité», on ne peut toutefois en conclure que la Charte n'a fait que confirmer le statu quo juridique dans quelque domaine particulier. On ne peut présumer a priori que telles doctrines juridiques doivent être conservées, telles autres doivent être modifiées et telles encore doivent être abrogées. Le seul guide en matière d'interprétation judiciaire est la Charte elle-même. Le juge Estey de la Cour suprême a formulé ce principe de la façon suivante dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pages 366 et 367; 8 C.R.R. 193, aux pages 200 et 201:

Il y a quelques considérations simples mais importantes qui guident les cours dans l'interprétation de la *Charte*; elles sont plus en évidence et perceptibles que dans le cas de la *Déclaration canadienne des droits*. La *Charte* ne tire pas son origine de l'un ou l'autre niveau de compétence législative du gouvernement, mais de la Constitution elle-même. Elle appartient au fond même du droit canadien. En réalité, elle est «la loi suprême du Canada»: *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52. Il n'est pas facile de la modifier. Le processus délicat et constant d'ajustement de ces dispositions constitutionnelles est traditionnellement laissé, par nécessité, au pouvoir judiciaire. Il faut maintenir l'équilibre entre la souplesse et la certitude. Il faut, dans la mesure où il est possible de le prévoir, s'adapter dès à présent aux situations futures. La *Charte* a été conçue et adoptée pour guider et servir longtemps la société canadienne. Une interprétation étroite et formaliste, qui n'est pas animée par un sens des inconnues de l'avenir, pourrait retarder le développement du droit et par conséquent celui de la société qu'il sert. Nous sommes aux prises avec cela depuis longtemps dans le processus de développement des institutions gouvernementales en vertu de l'*A.A.N.B., 1867* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*). La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour. [C'est moi qui souligne.]

L'intimé soutient qu'il faut distinguer les cas où un individu perd sa liberté absolue des cas où il perd sa liberté conditionnelle par suite de la révocation de sa libération conditionnelle et de ceux, comme en l'espèce, où l'individu risque de perdre la liberté conditionnelle escomptée lorsque la réduction de peine prévue dépend de sa bonne conduite.

L'intimé n'a pas prétendu que la liberté n'était pas un des intérêts en jeu en l'espèce, mais uniquement que cet intérêt n'était pas suffisant pour entraîner l'application de l'article 7 de la Charte à la question du droit à la représentation par avocat: même après la libération d'un détenu sous surveillance obligatoire, la sentence originale demeure et cette liberté conditionnelle peut toujours être

this respect earned remission differs from the now abolished status of statutory remission, and does not, if lost, involve a loss of absolute liberty.

The appellant nevertheless replies that, since an inmate's earned remission is computed on a monthly basis, it cannot, once computed, be revoked except for cause. It is a firm right subject to a condition subsequent, as it were, and could be lost only on the happening of the condition. In all other circumstances it is a matured right.

Admittedly, the liberty interest of an inmate in relation to revocation of earned remission is not unconditional. However, the question this Court has to decide is whether it is sufficiently analogous to full liberty that it ought to be protected by section 7.

In *R. v. Cadeddu*, *supra*, at page 323, where a parolee had not been allowed an in-person hearing before revocation, Potts J. found that section 7 had been violated:

I turn now to consider whether the applicant's rights under s. 7 of the Charter have been violated. It appears to me that there are two questions that must be addressed: was the applicant at liberty while on parole, and if so, was he deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice?

My answer to the first question is: yes, the applicant was at liberty during his parole. Although it is clear law that parole is a privilege which an inmate cannot claim as of right; that while on parole he is serving his sentence of imprisonment; and that a decision to grant or revoke parole is a decision as to where an inmate shall serve his sentence none of these considerations, in my view, are helpful in assessing what was the applicant's condition during his parole. His condition, obviously, was that he had a conditional or qualified liberty to be at large during the term of his imprisonment. Although it was a qualified liberty which might be revoked, that, in my view, is sufficient to attract the constitutionally mandated protections of s. 7 of the Charter. Accordingly, the Board, if it was not to violate the applicant's rights, could revoke the applicant's parole only in accordance with the principles of fundamental justice.

In *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, 28 D.L.R. (3d) 129, 7 C.C.C. (2d) 474, Fauteux C.J.C. considered the words "principles of fundamental justice" in the context of s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. At p. 479 C.C.C. he said:

perdue; à cet égard, la notion de réduction de peine méritée diffère de la notion maintenant abolie de réduction de peine statutaire et n'entraîne pas, en cas de déchéance, la perte de la liberté absolue.

<sup>a</sup> Toutefois, l'appelant réplique que comme la réduction de peine méritée d'un détenu est calculée mensuellement, elle ne peut, une fois le calcul effectué, être révoquée sans motif valable. Il s'agit d'un droit bien établi sujet, si l'on peut dire, à condition résolutoire et qui ne peut être perdu que si ladite condition se réalise. En toute autre circonstance, c'est un droit acquis.

<sup>b</sup> De l'aveu général, la liberté dont bénéficie le détenu dans le cadre d'une réduction de peine méritée qui peut être révoquée n'est pas inconditionnelle. Cependant, la question sur laquelle cette Cour doit se prononcer consiste à déterminer si cette liberté se rapproche suffisamment de la liberté totale pour être protégée par l'article 7.

<sup>c</sup> Dans l'affaire *R. v. Cadeddu*, précitée, un détenu en liberté conditionnelle s'était vu refuser une audience en sa présence avant la révocation de sa libération conditionnelle; le juge Potts a conclu (à la page 323) qu'il y avait eu contravention à l'article 7:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Examinons maintenant si les droits du requérant garantis par l'art. 7 de la Charte ont été violés. Il me semble qu'il faut répondre à deux questions: le requérant était-il libre lorsqu'il était en liberté conditionnelle, et si oui, a-t-il été porté atteinte à son droit à la liberté en conformité avec les principes de justice fondamentale?

<sup>e</sup> Ma réponse à la première question est que le requérant était libre pendant sa libération conditionnelle. Bien qu'il soit évident que la libération conditionnelle est un privilège qu'un détenu ne peut réclamer de plein droit, que lorsque qu'un détenu est en liberté conditionnelle, il purge sa peine d'emprisonnement, et que décider d'accorder ou de révoquer une libération conditionnelle équivaut à décider où un détenu doit purger sa peine, à mon avis, aucune de ces considérations n'est utile pour déterminer quel était le statut du requérant pendant sa libération conditionnelle. Il est évident qu'il jouissait de la possibilité d'être en liberté conditionnelle ou restreinte pendant la durée de son incarcération. Même s'il s'agissait d'une liberté restreinte qui pouvait être révoquée, cela suffit, à mon avis, pour entraîner l'application des garanties d'ordre constitutionnel contenues à l'art. 7 de la Charte. Par conséquent, pour ne pas violer les droits du requérant, la Commission ne pouvait révoquer sa libération conditionnelle qu'en conformité avec les règles de justice fondamentale.

<sup>f</sup> Dans *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, 28 D.L.R. (3d) 129, 7 C.C.C. (2d) 474, le juge en chef Fauteux a étudié l'expression «principes de justice fondamentale» dans le contexte de l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. À la p. 479 C.C.C. il a déclaré:

Without attempting to formulate any final definition of those words, I would take them to mean, generally, that the tribunal which adjudicates upon his right must act fairly in good faith, without bias and in a judicial temper, and must give to him the opportunity to adequately state his case.

This, to me, looks very much like a definition of natural justice.

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

The words quoted from Fauteux C.J.C. in the *Duke* case are of particular importance because they indicate that the underlying principle is the necessity of giving an accused "the opportunity to adequately state his case".

The interpretation by the U.S. Supreme Court of the requirement of procedural due process under the Fifth Amendment to the U.S. Constitution, made applicable to the States by the Fourteenth Amendment, is, I believe, of some assistance. In *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974), at pages 556-557 (subsequently reaffirmed in *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308 (1976)) the Court (*per White J.*) found for a constitutional protection for personal liberty, even when as, in the case of remission of punishment, the liberty itself is a statutory creation:

We also reject the assertion of the State that whatever may be true of the Due Process Clause in general or of other rights protected by that Clause against state infringement, the interest of prisoners in disciplinary procedures is not included in that "liberty" protected by the Fourteenth Amendment. It is true that the Constitution itself does not guarantee good-time credit for satisfactory behavior while in prison. But here the State itself has not only provided a statutory right to good time but also specifies that it is to be forfeited only for serious misbehavior. Nebraska may have the authority to create, or not, a right to a shortened prison sentence through the accumulation of credits for good behavior, and it is true that the Due Process Clause does not require a hearing "in every conceivable case of government impairment of private interest." *Cafeteria Workers v. McElroy*, 367 U.S. 886, 894 (1961). But the State having created the right to good time and itself recognizing that its deprivation is a sanction authorized for major misconduct, the prisoner's interest has real substance and is sufficiently embraced within Fourteenth Amendment "liberty" to entitle

Sans entreprendre de formuler une définition finale de ces mots, je les interprète comme signifiant, dans l'ensemble, que le tribunal appelé à se prononcer sur ses droits doit agir équitablement, de bonne foi, sans préjugé et avec sérénité, et qu'il doit donner à l'accusé l'occasion d'exposer adéquatement sa cause.

À mon avis, cela ressemble beaucoup à une définition de la justice naturelle.

Comme les droits protégés par l'art. 7 sont les plus importants de tous ceux que prévoit la Charte, que la privation de ces droits entraîne les conséquences les plus graves pour un individu et que la Charte établit une enclave sous mandat constitutionnel afin de les protéger, enclave dans laquelle le gouvernement s'aventure à ses risques, je suis d'avis que le requérant ne pouvait être légalement privé de sa liberté sans la tenue en sa présence d'une audience avant la révocation de sa libération conditionnelle.

L'extrait des motifs du juge en chef Fauteux dans l'affaire *Duke* revêt une importance particulière parce qu'il montre que le principe sous-jacent est la nécessité de fournir à l'accusé «l'occasion d'exposer adéquatement sa cause».

L'interprétation qu'a donnée la Cour suprême des États-Unis de l'exigence de l'application régulière de la loi en matière de procédure, en vertu du Cinquième Amendement de la Constitution américaine, exigence rendue applicable aux États par le biais du Quatorzième Amendement, peut être, je crois, d'un certain secours. Dans l'arrêt *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974), aux pages 556 et 557 (confirmé par la suite par *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308 (1976)), la Cour (le juge White) a conclu que la Constitution protégeait la liberté d'un individu même lorsque, dans le cas d'une réduction de peine, la liberté elle-même est créée par la loi:

[TRADUCTION] Nous rejetons également l'affirmation de l'État selon laquelle quoi qu'on puisse dire de la clause de l'application régulière de la loi en général ou d'autres droits protégés par cette clause contre l'empiètement de l'État, l'intérêt des détenus dans le cadre des procédures disciplinaires n'est pas visé par la notion de «liberté» protégée par le Quatorzième Amendement. Il est vrai que la Constitution même ne garantit pas la réduction de peine accumulée par suite d'un comportement satisfaisant durant l'incarcération. Toutefois, dans le cas qui nous intéresse, l'État lui-même a non seulement prévu dans la loi le droit à la réduction de peine, mais il a en outre précisé qu'on ne peut être déchu de ce droit que pour une inconduite grave. Le Nebraska peut effectivement avoir le pouvoir de créer un droit à une peine réduite de prison grâce à l'accumulation de crédits pour bonne conduite et il est vrai que la clause de l'application régulière de la loi n'exige pas la tenue d'une audience «dans tous les cas imaginables d'atteinte aux intérêts privés par le gouvernement». *Cafeteria Workers v. McElroy*, 367 U.S. 886, 894 (1961). Mais comme cet État a créé le droit

him to those minimum procedures appropriate under the circumstances and required by the Due Process Clause to ensure that the state-created right is not arbitrarily abrogated.

It is true that the Court came to the conclusion that "At this stage of the development of these procedures we are not prepared to hold that inmates have a right to either retained or appointed counsel in disciplinary proceedings" (page 570), but it did so on the basis of material facts which have no parallel in Canada (pages 560-561):

For the prison inmate, the deprivation of good time is not the same immediate disaster that the revocation of parole is for the parolee. The deprivation, very likely, does not then and there work any change in the conditions of his liberty. It can postpone the date of eligibility for parole and extend the maximum term to be served, but it is not certain to do so, for good time may be restored. Even if not restored, it cannot be said with certainty that the actual date of parole will be affected; and if parole occurs, the extension of the maximum term resulting from loss of good time may affect only the termination of parole, and it may not even do that.

Unlike good time credits which can be restored, earned remission under the Canadian system, if forfeited, cannot be re-earned. Equally important, under our system of mandatory supervision there are precise release dates, nowhere more strikingly apparent than in the instant case, where the imminence of the release date led the Presiding Officer to precipitous action.

The passage just quoted would suggest that a more exact parallel to the Canadian situation might be found in American case law on parole revocation, but unfortunately the leading case, *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972), is ambiguous on the right to counsel. Burger C.J. for the majority leaves the question open (page 489):

à la réduction de peine et qu'il reconnaît lui-même que la perte de ce droit est une sanction permise en cas d'inconduite grave, l'intérêt du prisonnier prend réellement corps et entre suffisamment dans le champ visé par la notion de «liberté» prévue au Quatorzième Amendement pour lui donner droit aux procédures minimales appropriées dans les circonstances et exigées par la clause de l'application régulière de la loi afin d'assurer que ce droit créé par l'État ne soit pas abrogé arbitrairement.

Il est vrai que la Cour en est venue à la conclusion que [TRADUCTION] «À ce stade de l'évolution de ces procédures, nous ne sommes pas disposés à conclure que les détenus ont droit dans le cadre de procédures disciplinaires aux services d'un avocat de leur choix ou désigné d'office» (page 570), mais cette conclusion est fondée sur certains faits n'ayant pas leur équivalent au Canada (pages 560 et 561):

Le fait pour un détenu de perdre sa réduction de peine n'a pas sur le coup le même effet désastreux que, pour un détenu en liberté conditionnelle, la révocation de sa libération conditionnelle. Il est très probable que la perte de la réduction de peine ne se traduira pas par la modification des conditions de sa liberté. Il est possible qu'elle repousse la date de son admissibilité à une libération conditionnelle et prolonge la peine maximale d'emprisonnement à purger, mais ce n'est pas certain car sa réduction de peine peut lui être rendue. D'ailleurs, même si la réduction de peine n'est pas rendue, on ne peut affirmer avec certitude que la date véritable de mise en liberté conditionnelle en sera affectée; et si survient une libération conditionnelle, il est possible que la prolongation de la période maximale d'emprisonnement résultant de la perte de la réduction de peine n'affecte que la révocation de la libération conditionnelle et même qu'elle n'ait pas cet effet.

Dans le système canadien, la réduction de peine méritée ne peut, une fois perdue, être récupérée, alors que c'est possible dans le cas de la réduction de peine du système américain. Fait tout aussi important, notre système de surveillance obligatoire prévoit des dates précises de mise en liberté et le présent cas en est la manifestation la plus frappante, puisque l'arrivée imminente de la date de mise en liberté a en effet amené le président du tribunal à agir précipitamment.

Le passage précité laisse à penser qu'il serait peut-être possible de trouver dans la jurisprudence américaine portant sur la révocation des libérations conditionnelles une situation se rapprochant davantage de la situation canadienne, mais malheureusement, la décision qui fait autorité en la matière, *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972), est ambiguë quant au droit à la représentation par avocat. Se prononçant pour la majorité, le juge en chef Burger laisse la question en suspens (page 489):

We do not reach or decide the question whether the parolee is entitled to the assistance of retained counsel or to appointed counsel if he is indigent.

But Brennan J., for the concurring minority, qualified that reservation (page 491):

The Court, however, states that it does not now decide whether the parolee is also entitled at each hearing to the assistance of retained counsel or of appointed counsel if he is indigent. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970), nonetheless plainly dictates that he at least "must be allowed to retain an attorney if he so desires." *Id.*, at 270. As the Court said there, "Counsel can help delineate the issues, present the factual contentions in an orderly manner, conduct cross-examination, and generally safeguard the interests of" his client. *Id.*, at 270-271. The only question open under our precedents is whether counsel must be furnished the parolee if he is indigent.

The subsequent case of *Gagnon v. Scarpelli*, 411 U.S. 778 (1973), focussed on the obligation to provide counsel. The Court held that although the State is not constitutionally obliged to provide counsel in all cases, it should do so where the indigent probationer or parolee may have difficulty in presenting his version of disputed facts without the examination or cross-examination of witnesses or the presentation of complicated documentary evidence. However, the Court went as far as to prescribe when counsel should be provided (*per* Powell J. at page 790):

Presumptively, it may be said that counsel should be provided in cases where, after being informed of his right to request counsel, the probationer or parolee makes such a request, based on a timely and colorable claim (i) that he has not committed the alleged violation of the conditions upon which he is at liberty; or (ii) that, even if the violation is a matter of public record or is uncontested, there are substantial reasons which justified or mitigated the violation and make revocation inappropriate, and that the reasons are complex or otherwise difficult to develop or present.

On balance, I believe the American precedents are helpful, particularly in that they clearly affirm that the liberty of prison inmates is protected by the constitutional guarantee of due process, and in that they appear to suggest that an absolute deprivation of remission of punishment could take place

[TRADUCTION] Nous n'abordons ni ne tranchons la question de savoir si un détenu en liberté conditionnelle a le droit de retenir les services d'un avocat ou d'en avoir un désigné d'office s'il est dans l'indigence.

a Cependant, le juge Brennan, parlant pour les juges minoritaires concourants, a atténué cette réserve (page 491):

[TRADUCTION] Toutefois, la Cour déclare qu'elle ne décide pas en l'espèce de la question de savoir si un détenu en liberté conditionnelle a également le droit à chaque audience d'être assisté par l'avocat qu'il a retenu ou qui a été désigné d'office s'il est dans l'indigence. Néanmoins, l'arrêt *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970), prescrit clairement qu'il faut au moins «permettre au détenu de retenir les services d'un avocat s'il en exprime le désir». *Id.*, à la p. 270. Comme l'a déclaré la Cour dans cet arrêt, «L'avocat peut aider à circonscrire les questions en litige, à présenter les arguments de fait d'une manière ordonnée, à mener le contre-interrogatoire et, de façon générale, à sauvegarder les intérêts de» son client. *Id.*, aux pp. 270 et 271. La seule question laissée en suspens par notre jurisprudence est celle de savoir s'il faut fournir un avocat au détenu en liberté conditionnelle qui est dans l'indigence.

Une affaire ultérieure, *Gagnon, v. Scarpelli*, 411 U.S. 778 (1973), était centrée sur l'obligation de fournir les services d'un avocat. La Cour a conclu que bien que l'État ne soit pas tenu par la Constitution de fournir dans tous les cas les services d'un avocat, il doit le faire lorsque le détenu sous ordonnance de probation ou en liberté conditionnelle se trouve dans l'indigence, pourrait éprouver de la difficulté à exposer sa version des faits contestés sans interrogatoire ni contre-interrogatoire de témoins, ou sans la production d'une preuve documentaire complexe. Cependant, la Cour est même allée jusqu'à indiquer les cas où les services d'un avocat devraient être fournis (le juge Powell à la page 790):

[TRADUCTION] On peut présumer qu'un avocat doit être fourni dans les cas où, après avoir été informé de son droit de demander l'aide d'un avocat, le détenu sous ordonnance de probation ou en liberté conditionnelle en fait la demande s'il soutient plausiblement (i) qu'il n'a pas commis la violation présumée des conditions de sa mise en liberté; ou (ii) que, même si cette violation est notoire ou non contestée, il existe toutefois des motifs sérieux justifiant ou mitigeant cette violation et faisant de la révocation une peine inappropriée, et que ces motifs sont complexes ou encore difficiles à élaborer ou à exposer.

Tout compte fait, j'estime que les décisions américaines sont utiles particulièrement en ce qu'elles affirment clairement que la liberté des détenus est protégée par la garantie constitutionnelle de l'application régulière de la loi et en ce qu'elles semblent suggérer qu'il ne peut y avoir perte totale de

only in a proceeding characterized by the right to retain counsel.

What both the Canadian and the American cases indicate is that there are degrees of liberty, all protected in some way by a rule of due process or natural justice or fundamental justice, but not in the same way. What there must always be is an opportunity to state a case which is adequate for fundamental justice in the circumstances. In other words, there is a sliding standard of adequacy which can be defined only in reference to the particular degree of liberty at stake and the particular procedural safeguard in question. The resolution may involve the balancing of competing interests. Here the penitentiary setting is of capital importance in sorting out the interests in competition.

Penitentiaries are not nice places for nice people. They are rather institutions of incarceration for the confinement of for the most part crime-hardened and anti-social men and women, serving sentences of more than two years. Reformation fortunately remains an aspiration of the prison system, but the prevalent environment is sadly reminiscent of Hobbes' primitive state of nature before the advent of the Leviathan, where human life was said to be solitary, poor, nasty, brutish and short. In such an atmosphere of discord and hatred, minor sparks can set off major conflagrations of the most incendiary sort. Order is both more necessary and more fragile than in even military and police contexts, and its restoration, when disturbed, becomes a matter of frightening immediacy.

It would be an ill-informed court that was not aware of the necessity for immediate response by prison authorities to breaches of prison order and it would be a rash one that would deny them the means to react effectively.

But not every feature of present disciplinary practice is objectively necessary for immediate disciplinary purposes. The mere convenience of the authorities will serve as no justification; as Lord Atkin put it in *General Medical Council v. Spack-*

la réduction de peine qu'au terme d'une procédure se caractérisant par le droit à la représentation par avocat.

« Ce qu'enseignent tant les décisions canadiennes qu'américaines c'est qu'il existe divers degrés de liberté, tous protégés, quoique différemment, par la règle de l'application régulière de la loi ou par les règles de justice naturelle ou fondamentale. Il faut toujours fournir une occasion adéquate d'exposer la cause afin d'assurer le respect de la justice fondamentale eu égard aux circonstances. En d'autres mots, le caractère approprié de l'occasion fournie est régi par une norme variable qui ne peut être définie qu'en fonction du degré de liberté en jeu et de la garantie procédurale en cause. Pour trancher, il faudra parfois mettre en balance des intérêts divergents. En l'espèce, le fait que la question se pose dans un pénitencier revêt une importance capitale quant à l'évaluation des intérêts divergents.

Les pénitenciers ne sont pas des endroits agréables réservés aux personnes aimables. Au contraire, ce sont des lieux d'incarcération où l'on met à l'écart des hommes et des femmes purgeant des peines de plus de deux ans et qui, pour la plupart, sont des criminels endurcis ayant un comportement asocial. Heureusement, le système carcéral aspire toujours à réformer. Cependant, l'ambiance qui y règne rappelle tristement l'état primitif de la nature telle que l'imaginait Hobbes avant l'avènement du Leviathan, où l'être humain menait une vie solitaire, pauvre, malsaine, abrutissante et courte. Dans un tel climat de haine et de discorde, la plus petite étincelle peut mettre le feu aux poudres. Le bon ordre y est encore plus nécessaire et plus fragile que dans des contextes militaires et policiers et son rétablissement, lorsqu'il a été troublé, devient une question d'extrême urgence.

Seul un tribunal bien mal renseigné pourrait ignorer que les autorités des pénitenciers doivent réagir sur-le-champ aux troubles de l'ordre dans la prison et seul un tribunal irréfléchi leur refuserait les moyens de réagir efficacement.

Cependant, les caractéristiques de la pratique disciplinaire actuelle ne sont pas toutes objectivement nécessaires aux fins d'une discipline expéditive. L'argument de la commodité pour les autorités ne peut à lui seul servir de justification; comme



man, [1943] A.C. 627 (H.L.), at page 638, "Convenience and justice are often not on speaking terms." Even what may be necessary but nevertheless delayable cannot be given priority. All that is not immediately necessary must certainly yield to the fullest exigencies of liberty.

On the basis of these criteria of necessity and immediacy, on-the-spot administrative dissociation may arguably be required to segregate inmates involved, e.g., in hostage-taking, but punitive dissociation as a consequence of a disciplinary court has much less immediate necessity, and revocation of earned remission seems not to be immediately necessary at all.

It is apparent that the demands of liberty inversely coincide with those of the institution. It is not necessary for the disposition of the present case to decide on the application of section 7 to punitive dissociation. It is sufficient for the present that revocation of earned remission was a possible punishment—although in fact here it was also the actual punishment and not merely a possible one. In such circumstances penitentiary inmates are entitled not to be deprived of their right to liberty except in accordance with the principles of fundamental justice.

What is there in the right to counsel which should make it required by fundamental justice? Lord Denning described its rationale in *Pett v. Greyhound Racing Association, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545 (C.A.), at page 549, in a licence revocation hearing:

It is not every man who has the ability to defend himself on his own. He cannot bring out the points in his own favour or the weaknesses in the other side. He may be tongue-tied or nervous, confused or wanting intelligence. He cannot examine or cross-examine witnesses . . . I should have thought, therefore, that when a man's reputation or livelihood is at stake, he not only has a right to speak by his own mouth. He has also a right to speak by counsel or solicitor.

McEachern C.J.S.C. goes even further in *Joplin v. Chief Constable of Vancouver Police Dept.*, *supra*,

l'a dit lord Atkin dans *General Medical Council v. Spackman*, [1943] A.C. 627 (H.L.), à la page 638, [TRADUCTION] «Souvent, la commodité et la justice sont des notions incompatibles.» Même ce qui est nécessaire mais pourrait néanmoins être reporté à plus tard ne peut se voir accorder priorité. Tout ce qui n'est pas nécessaire sur-le-champ doit certainement céder le pas aux exigences supérieures du droit à la liberté.

À la lumière de ces critères de nécessité et d'urgence, il semble possible de justifier l'imposition immédiate de l'isolement punitif par la nécessité de mettre à l'écart les détenus impliqués, par exemple dans une prise d'otages. Toutefois, l'isolement punitif prononcé par un tribunal disciplinaire revêt un caractère beaucoup moins urgent et il ne semble pas du tout nécessaire que la décision de révoquer la réduction de peine méritée soit prise de façon urgente.

Il est clair que les exigences du droit à la liberté sont à l'opposé de celles du pénitencier. Il n'est pas nécessaire pour statuer en l'espèce de décider de la question de l'application de l'article 7 à l'isolement punitif. Qu'il suffise pour l'instant de considérer que la révocation de la réduction de peine méritée était une peine susceptible d'être imposée—même si en l'espèce elle fut plus qu'une simple possibilité, étant effectivement la peine qui fut imposée. Dans de telles circonstances, les détenus des pénitenciers ont droit de ne pas être privés de leur droit à la liberté si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Pourquoi le droit d'être représenté par avocat pourrait-il être exigé par la justice fondamentale? Lord Denning en a décrit la raison d'être dans *Pett v. Greyhound Racing Association, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 545 (C.A.), à la page 549 dans le cadre d'une audition concernant la révocation d'un permis:

[TRADUCTION] Il n'est pas donné à tout le monde de pouvoir se défendre soi-même, de soulever les points en sa faveur ou faire ressortir les faiblesses des arguments de la partie adverse. On peut être incapable de parler ou, nerveux, paraître confus ou dépourvu d'intelligence. On peut ne pas savoir interroger ou contre-interroger les témoins . . . J'estime donc que lorsque la réputation d'une personne ou ses moyens d'existence sont en jeu, elle a non seulement le droit de se défendre elle-même, mais aussi le droit de se faire représenter par avocat.

Le juge en chef McEachern va même plus loin dans *Joplin v. Chief Constable of Vancouver*

at pages 67-68, in describing the right to counsel as “the most important safeguard in the legal process” and adds that “justice and fairness cannot tolerate a procedure where a layman is expected to deal with legal concepts which are strange to him, and at the same time advise himself objectively”.

In *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, at pages 327-328, in holding that a police constable on probation was entitled to fair treatment on dismissal, Laskin C.J.C., for the majority, accepted a statement of Lord Denning with respect to the fairness required of an administrative agency with no judicial functions in *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), at page 19:

The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it.

It is this guarantee of being given the case against him and being afforded a fair opportunity to answer it that, borrowing the language of Fauteux C.J.C., I have already referred to as an adequate opportunity to state a case. Before the Charter, this was not considered to embrace representation by counsel. The question that must now be asked is whether the implications of an “adequate opportunity” to answer a charge have been enhanced by the Charter.

The American courts have been specific as to the requirements of due process. In *Morrissey v. Brewer*, *supra*, at page 489, Burger C.J. enumerated the minimum requirements of due process on parole hearings as follows: (a) written notice of the claimed violations; (b) disclosure of evidence against him; (c) opportunity to be heard in person and to present witnesses and documentary evidence; (d) confrontation and cross-examination of adverse witnesses, unless the hearing officer finds good cause to the contrary; (e) a neutral and detached hearing body; and (f) a written statement

*Police Dept.*, précité, aux pages 67 et 68, décrivant le droit d’être représenté par avocat comme [TRADUCTION] «la garantie la plus importante du processus judiciaire» et ajoutant que [TRADUCTION] «la justice et l’équité ne peuvent tolérer une procédure dans le cadre de laquelle on attend d’un profane qu’il jongle avec des concepts juridiques qui lui sont inconnus et prenne en même temps des décisions objectives sur sa situation».

Dans *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, aux pages 327 et 328, le juge en chef Laskin, parlant pour la majorité, a conclu qu’un agent de police en période d’essai avait droit d’être traité équitablement avant d’être congédié, faisant siens les propos suivants de lord Denning relativement à l’obligation d’équité imposée à un organisme administratif n’exerçant pas de fonctions judiciaires dans l’affaire *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.), à la page 19:

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

C’est cette garantie qu’a un individu d’être informé de la nature de la plainte portée contre lui et de se voir accorder une occasion raisonnable d’y répondre que j’ai désignée plus tôt, empruntant à cette fin les mots du juge en chef Fauteux, comme étant une occasion adéquate d’exposer sa cause. Avant l’adoption de la Charte, on ne considérait pas que cette garantie incluait la représentation par avocat. Il faut maintenant se demander si la Charte a eu pour effet d’étendre la portée de cette «occasion adéquate» de répondre à une accusation.

Les tribunaux américains se sont prononcés de façon précise sur les exigences de l’application régulière de la loi. Dans *Morrissey v. Brewer*, précité, à la page 489, le juge en chef Burger a énuméré comme suit les exigences minimales de l’application régulière de la loi dans le cadre des audiences en matière de libération conditionnelle: a) un avis écrit des violations reprochées; b) la communication de la preuve contre l’accusé; c) l’occasion de se faire entendre en personne et de produire des témoins et des preuves documentaires; d) la confrontation et le contre-interrogatoire

by the factfinders as to the evidence relied on and the reasons for their decision. As I have noted above, the majority in *Morrissey* declared that it made no decision about counsel, and it also specified that the process should be flexible enough to consider evidence that would not be admissible in an adversary criminal trial.

The right to counsel would, *a fortiori*, include the right to confront and cross-examine adverse witnesses, and so presents the greatest challenge to institutional interests, particularly that of quick punishment for infractions. It also bespeaks the fulness of the adversary process, subject to a broader rule of admissibility of evidence than in the criminal courts. It is also the only right in question, not only because it is the subject of the challenge here but also because it is the only significant adversarial element that is not already available to inmates.

It may be that a recognition of the right to counsel would lead inevitably to the introduction of a prosecuting officer, the complete disappearance of any inquisitorial aspect to the process and the full acceptance of an adversarial system. I accept this as an accurate estimate of the likely consequences, but not as an argument *in terrorem*. If it is what fundamental justice requires, it is a step forward rather than a limitation.

As I see it, section 7 enhances the previous requirement of an adequate opportunity of answering a charge, but whether it necessitates representation by counsel in any set of circumstances can be determined only by a full analysis of the circumstances.

des témoins de la partie adverse, à moins que le président du tribunal ne trouve un motif valable de décider le contraire; e) un tribunal impartial et désintéressé; et f) un exposé écrit des juges des faits faisant état des motifs de leur décision et de la preuve sur laquelle ils se sont fondés. Comme je l'ai souligné plus tôt, les juges de la majorité dans *Morrissey* ont déclaré qu'ils ne prenaient aucune décision quant au droit à la représentation par avocat et ils ont également précisé que la procédure devrait être assez souple pour permettre l'examen d'éléments de preuve qui seraient par ailleurs inadmissibles dans un procès criminel de type accusatoire.

Le droit d'être représenté par avocat amène nécessairement avec lui le droit de confronter les témoins de la partie adverse et de les contre-interroger, et c'est là qu'il entre le plus ouvertement en conflit avec les intérêts des établissements pénitentiaires, particulièrement la répression rapide des infractions. Ce droit témoigne également du caractère complet du processus accusatoire sous réserve de l'application d'une règle d'admissibilité de la preuve plus libérale que devant les tribunaux de juridiction criminelle. C'est en outre le seul droit dont il est question, non seulement parce qu'il fait l'objet de la contestation en l'espèce, mais aussi parce que c'est le seul élément important de la procédure accusatoire dont ne disposent pas déjà les détenus.

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

Selon moi, l'article 7 vient étendre la portée de l'exigence antérieure concernant l'occasion adéquate de répondre à une accusation, mais la question de savoir si cela rend nécessaire la représentation par avocat en toutes circonstances ne peut être décidée qu'au moyen d'une analyse complète des circonstances de l'affaire.

Webster J. in the *Tarrant* case, *supra*, at pages 635-637, enumerated six considerations to be taken into account in relation to the right to counsel: (1) the seriousness of the charge and of the potential penalty; (2) whether any points of law are likely to arise; (3) the capacity of a particular prisoner to present his own case; (4) procedural difficulties; (5) the need for reasonable speed in adjudication; (6) the need for fairness as between prisoners and as between prisoners and prison officers.

In the *Tarrant* case, although the Court was prepared to hold that no board of visitors, properly directing itself, could have reasonably decided not to allow the prisoners in question legal representation in some of the circumstances reviewed there, it nevertheless asserted that there is a discretion in boards of visitors as to whether to grant requests for counsel. If this means, as applied to a Canadian context, that a presiding officer has the authority to make up his mind as to whether to allow counsel, I can accept it as far as it goes. But if it is understood to mean that his decision on the matter, presumably as one made on the facts, is an adjudication free from subsequent judicial review, then it does not in my opinion meet the requirements of section 7. Nor incidentally does it square with the action of the Court in *Tarrant* itself, where in the result five of the board of visitors' awards were quashed.

What section 7 requires is that an inmate be allowed counsel when to deny his request would infringe his right to fundamental justice. The existence of the right admittedly depends on the facts. But the right, when it exists, is not discretionary, in the sense that the presiding officer has a discretion to disallow it. The presiding officer's authority cannot, in my view, prevent a reviewing court from looking at the facts and substituting its own view if it is persuaded by them that the case is one in which counsel should be allowed in order to afford the inmate the rights guaranteed by section 7. The threshold of appellate intervention is that the appellate court must be clearly satisfied that the exercise of the discretion was wrong, as Lord Wright insisted in both *Evans v. Bartlam*, [1937]

Le juge Webster dans l'affaire *Tarrant*, précitée, aux pages 635 à 637, a énuméré six points dont il faut tenir compte relativement au droit à la représentation par avocat: (1) la gravité de l'accusation et de la peine susceptible d'être imposée; (2) la probabilité que soient soulevés des points de droit; (3) l'aptitude du détenu à exposer lui-même sa cause; (4) les difficultés en matière de procédure; (5) la nécessité d'obtenir une décision dans un délai raisonnablement court; (6) le besoin d'équité entre les prisonniers et entre ceux-ci et les fonctionnaires de la prison.

Dans l'affaire *Tarrant*, même si la Cour n'était pas disposée à conclure qu'aucun comité de visiteurs, se donnant les directives appropriées, ne pourrait raisonnablement refuser d'accorder aux détenus en question le droit d'être représentés par avocat dans certaines des circonstances examinées dans cette espèce, elle a néanmoins affirmé que les comités de visiteurs avaient le pouvoir discrétionnaire de décider d'accorder ou non des requêtes en ce sens. Si cela signifie, dans le contexte canadien, que le président du tribunal a le pouvoir de décider s'il doit ou non accorder cette représentation par avocat, je suis d'accord. Cependant, si cela signifie que sa décision sur cette question, décision qui sera présument fondée sur les faits, est exempte de tout contrôle judiciaire ultérieur, alors je suis d'avis qu'elle ne respecte pas les exigences de l'article 7, pas plus d'ailleurs qu'elle ne concorde avec la décision de la Cour dans l'arrêt *Tarrant* où finalement cinq des peines imposées par le comité de visiteurs furent annulées.

L'article 7 exige qu'on accorde à un détenu le droit d'être représenté par avocat lorsque le fait de refuser sa requête en ce sens violerait son droit à la justice fondamentale. De l'aveu général, l'existence de ce droit dépend des faits. Toutefois, ce droit, lorsqu'il existe, n'est pas discrétionnaire si l'on entend par ce terme que le président du tribunal a le pouvoir discrétionnaire de le refuser. À mon avis, le pouvoir dont dispose le président du tribunal n'empêche pas une cour exerçant son pouvoir de contrôle d'examiner les faits et de substituer sa propre décision à celle de ce dernier si elle est convaincue, à la lumière des faits, qu'il s'agit d'un cas où la représentation par avocat aurait dû être accordée afin d'assurer au détenu les droits qui lui sont garantis par l'article 7. Comme l'a affirmé

A.C. 473 (H.L.), at page 486, and *Charles Osen-ton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.), at page 148.

In the present case, the reasons for decision of the Presiding Officer on the issue of counsel were expressed as follows [(1983), 8 C.C.C. (3d) 557, at pages 560-562]:

The submission of Diane Dzydz, counsel for Howard, basically presents three (3) arguments on his behalf, namely:

1. That Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, hereinafter referred to as the Charter, guarantees the right to be represented by counsel;
2. That in the alternative, S. 11(d) of the Charter provides for such a right because Howard has been "charged with an offence", and;
3. That in the event that the first two (2) arguments fail, this is an appropriate case to exercise discretion in favour of entitlement to counsel representation.

Counsel for the Department of Justice, Brian H. Hay, argues:

1. That Section 7 does not add to the rights specifically provided for in Section 11 of the Charter;
2. That even if Section 7 does add rights and if "principles of fundamental justice" are equated with "natural justice" the latter "do not guarantee the right to legal counsel", and;
3. That S. 11(d) does not alter Canadian law with respect to an inmate's right to counsel at Inmate Disciplinary Board hearings.

The Department of Justice does not express opinion as to whether any facts exist in the instant case which should sway my exercise of discretion to grant Howard's application for counsel representation.

In dealing with the Section 7 argument submitted by Diane Dzydz, I express the opinion that Section 7 does not create a new wave of rights nor does it elevate any greater degree of responsibility by an administrative tribunal such as the Inmate Disciplinary Board is.

In *Re Jamieson and The Queen*, an unreported decision dated September 24, 1982 of the Quebec Supreme [sic] Court, it was held that "fundamental justice" is to be equated with natural justice. The unreported decision of *R vs Holman* emanating from the British Columbia Provincial Judges Court held that the phrase in question deals only with due process and incorporates therein the principles of natural justice.

Ms. Dzydz suggests that because habeas corpus in *Re Cardinal and Oswald and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 252 (BCCA), is available to release an inmate from solitary con-

avec insistance lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.), à la page 486, et *Charles Osen-ton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.), à la page 148, le tribunal d'appel n'interviendra que s'il est convaincu que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée.

Voici les motifs de la décision du président du tribunal en l'espèce sur la question de la représentation par avocat [(1983), 8 C.C.C. (3d) 557, aux pages 560 à 562]:

L'argumentation qu'a fait valoir Diane Dzydz en faveur de son client, M. Howard, repose essentiellement sur trois (3) moyens, savoir:

1. Que l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, ci-après appelée la Charte, garantit le droit d'être représenté par avocat;
2. Que, subsidiairement, l'al. 11d) de la Charte garantit ce droit, parce que Howard est un «inculpé»;
3. Que, dans le cas où les deux (2) premiers arguments doivent être rejetés, il convient, en l'espèce, d'exercer le pouvoir d'appréciation et de reconnaître le droit du requérant d'être représenté par avocat.

L'avocat du ministère de la Justice, Brian H. Hay, prétend, pour sa part:

1. Que l'article 7 n'ajoute rien aux droits expressément prévus par l'article 11 de la Charte;
2. Que même si l'article 7 ajoute effectivement des droits et que les «principes de justice fondamentale» doivent être considérés comme équivalant aux règles de «justice naturelle», celles-ci ne «garantissent pas le droit à un avocat»;
3. Que l'al. 11d) ne modifie pas le droit canadien applicable au droit des détenus à un avocat lors des auditions devant les comités de discipline des détenus.

Le ministère de la Justice ne s'est pas prononcé sur la question de savoir s'il existait des faits susceptibles, en l'occurrence, d'influencer l'exercice de mon pouvoir d'appréciation dans le sens d'un accueil de la demande de Howard d'être représenté par un avocat.

Relativement à l'argument fondé sur l'article 7 présenté par Diane Dzydz, je suis d'avis que cet article ne crée pas un nouvel ensemble de droits et n'élève pas à un plus haut degré la responsabilité d'un tribunal administratif comme le comité de discipline.

Dans l'affaire *Re Jamieson and The Queen*, une décision inédite rendue le 24 septembre 1982 par la Cour supérieure du Québec, la Cour a statué que les termes «justice fondamentale» et «justice naturelle» étaient synonymes. La Provincial Judges Court de la Colombie-Britannique, pour sa part, a statué dans la décision *R vs Holman*, qui n'a pas été publiée, que l'expression en cause ne vise que l'application régulière de la loi et qu'elle comprend en elle-même les principes de justice naturelle.

Mme Dzydz prétend qu'il résulte de la combinaison de l'arrêt *Re Cardinal and Oswald and The Queen* (1982), 67 C.C.C. (2d) 252, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britanni-

finement to the general inmate population, combined with statements of Fauteux, C. J. in *Duke v. R.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 129 (S.C.C.), that these developments have elevated the rights of an inmate to include the right to counsel.

With respect I disagree, In the absence of decisions to the contrary, I am bound by *Jamieson and Holman, supra*, and have to accept that "fundamental principles of justice" is to be equated with natural justice, and in the present context, natural justice rules have not provided a right to counsel. In this connection see also the case of *Davidson and Disciplinary Board of Prison for Women et al* (1981), 61 C.C.C. (2d) 520 (F.C.T.D.), a decision of Justice Cattanach which in my opinion sets forth the principles by which Inmate Disciplinary Board hearings are to be conducted.

Several American cases were cited by Ms. Dzydz in support of equating "principles of fundamental justice" with the American concept of "due process". However, these cases do not establish the right to be represented by counsel. Indeed, the United States Supreme Court in *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308 (1976), stated that inmates do not have the right to counsel at disciplinary hearings.

The last matter therefore to be dealt with is whether or not representation by counsel ought to be allowed in order to ensure a fair hearing.

With respect I have not been persuaded that there exist any circumstances in this particular case which preclude the possibility of a fair hearing in the absence of counsel. Therefore I exercise my discretion in denying the application of Howard to be represented by counsel at the hearing. [Emphasis added.]

I must respectfully conclude that the Presiding Officer, in the words I emphasize, has misunderstood the effect of the Charter. The Charter does modify the previous understanding of the law by an enhancement of the fundamental principle of justice relating to an adequate opportunity to answer, and in doing so it does affect even purely administrative proceedings.

One of the charges against the appellant here, that of conduct "calculated to prejudice the discipline or good order of the institution" is a catch-all charge of such vagueness that the need for counsel to clarify the facts and to challenge the arguments is strikingly apparent, but counsel is hardly less necessary to deal with charges such as being "indecent, disrespectful or threatening" in "actions, language or writing", or possessing "contraband", which is defined as anything that an inmate is not

que a reconnu que l'habeas corpus était une des voies de recours qui s'ouvraient pour mettre fin à l'isolement disciplinaire d'un détenu, et des remarques du juge en chef Fauteux dans l'arrêt *Duke c. R.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 129 (C.S.C.), que les droits d'un détenu comprennent maintenant celui d'être représenté par avocat.

Je ne suis pas du même avis. En l'absence de jugements à l'effet contraire, je suis lié par les décisions *Jamieson et Holman* (précitées) et je suis tenu de déclarer que les «principes de justice fondamentale» doivent être considérés comme synonymes des règles de la justice naturelle. Or, dans l'état actuel du droit, les règles de la justice naturelle ne comportent pas le droit à un avocat. À cet égard, voir également la décision *Davidson et un comité de discipline de la prison des femmes et autre* (1981), 61 C.C.C. (2d) 520 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), rendue par le juge Cattanach qui, d'après moi, établit les principes qui doivent régir le déroulement des auditions devant les comités de discipline de détenus.

Mme Dzydz a cité plusieurs causes américaines pour appuyer son argument voulant que les «principes de justice fondamentale» soient synonymes du concept américain de «l'application régulière de la loi». Ces décisions ne reconnaissent cependant pas le droit à la représentation par avocat. À vrai dire, la Cour suprême des États-Unis a déclaré dans l'arrêt *Baxter v. Palmigiano*, 425 U.S. 308 (1976) que les détenus n'ont pas droit à un avocat lors des procédures touchant la discipline.

La dernière question qu'il nous reste à résoudre est celle de savoir s'il est nécessaire d'accorder la représentation par avocat pour que le procès soit équitable.

On ne m'a pas convaincu de l'existence, en l'espèce, de circonstances pouvant empêcher la tenue d'un procès équitable en l'absence d'un avocat. Par conséquent, j'exerce mon pouvoir d'appréciation et je rejette la demande présentée par Howard aux fins d'être représenté par un avocat à l'audition. [C'est moi qui souligne.]

Avec déférence, je dois conclure que le président du tribunal a, au passage que j'ai souligné, mal saisi l'effet de la Charte. La Charte a bel et bien modifié l'interprétation antérieure du droit en rehaussant l'importance du principe de justice fondamentale relatif à l'occasion adéquate de se défendre et ce faisant, elle influe même sur les procédures de nature purement administrative.

Une des accusations portées contre l'appellant en l'espèce, soit celle d'avoir eu une conduite «propre à nuire à la discipline ou au bon fonctionnement de l'établissement», est une accusation fourre-tout tellement vague que la nécessité d'obtenir l'aide d'un avocat afin de préciser les faits et de contester les allégations ne peut que sauter aux yeux. Par ailleurs, il est presque aussi essentiel d'avoir l'aide d'un avocat pour se défendre contre une accusation de s'être comporté «par ses actions, propos ou

permitted to have in his possession [*Penitentiary Service Regulations*, s. 2]. Even the charges of disobeying a lawful order or threatening to assault another person can easily give rise to legal issues of some complexity. On the two guilty pleas counsel may have been necessary to plead exonerating factors.

I disapprove particularly of the suggestion in the *Tarrant* case that one of the relevant considerations should be the capacity of a particular prisoner to present his own case. With respect, no presiding officer could be in a position, at the outset of disciplinary proceedings, to make a summary judgment of such a kind before a prisoner had been heard by him.

In sum, other than, perhaps, in fact situations of unique simplicity, I cannot imagine cases where a possible forfeiture of earned remission would not bring into play the necessity for counsel. Indeed, in my view the probability that counsel will be required for an adequate hearing on charges with such consequences is so strong as to amount effectively to a presumption in favour of counsel, a departure from which a presiding officer would have to justify. The right-enhancing effect of the Charter thus greatly increases the ambit of protection afforded.

Here the decision in question reveals both a faulty understanding of the law and an insufficient explanation of how in this situation there could be an adequate hearing without counsel. I therefore have no difficulty in concluding that the appellant was deprived of the protection of a fundamental principle of justice, in violation of section 7 of the Charter.

Since the inmate's counsel was ready and waiting to be recognized, there was no need here to insist on the necessity of reasonable and timely

écrits, d'une façon indécente, irrespectueuse ou menaçante» ou d'avoir eu en sa possession «de la contrebande» qui est définie comme étant toute chose que le détenu n'est pas autorisé à avoir en sa possession [*Règlement sur le service des pénitenciers*, art. 2]. Même les accusations de désobéissance à un ordre légitime ou de menace de se livrer à des voies de fait sur autrui peuvent aisément soulever des problèmes juridiques assez complexes.

*b* Relativement aux deux plaidoyers de culpabilité, il aurait pu être nécessaire d'obtenir les services d'un avocat afin de plaider des facteurs d'exonération.

Je désapprouve particulièrement la proposition formulée dans l'affaire *Tarrant* suivant laquelle l'une des considérations pertinentes est l'aptitude d'un détenu à se défendre lui-même. Avec déférence, aucun président de tribunal ne serait en mesure au début des procédures disciplinaires de rendre un jugement sommaire de la sorte avant même d'avoir entendu le détenu.

En dernière analyse, exception faite peut-être des situations extrêmement simples, je ne peux imaginer de cas où l'éventualité d'une perte de réduction de peine méritée n'entraînerait pas la nécessité d'avoir recours aux services d'un avocat. En fait, la probabilité qu'il faille faire appel aux services d'un avocat pour se défendre adéquatement contre des accusations susceptibles d'entraîner de telles conséquences est telle qu'à mon avis elle équivaut en réalité à une présomption en faveur de la représentation par avocat, et le président du tribunal se devrait de justifier toute entorse à cette présomption. L'accroissement des droits par l'adoption de la Charte étend donc de façon considérable la portée de la protection accordée.

En l'espèce, la décision en litige révèle une interprétation erronée du droit et un manque d'explication quant aux raisons pour lesquelles, dans les circonstances, il pouvait y avoir audition adéquate sans la présence d'un avocat. Par conséquent, je n'éprouve aucune difficulté à conclure que l'appelant a été privé de la protection d'un principe de justice fondamentale, en contravention de l'article 7 de la Charte.

Comme l'avocat du détenu était prêt à procéder et n'attendait qu'à y être autorisé, il n'était pas nécessaire en l'espèce d'insister sur la nécessité de

arrangements, as McEachern C.J.S.C. found necessary in *Joplin*.

It is also unnecessary for the present case to determine what limits on section 7 rights, if any, may be justified under the provisions of section 1 of the Charter. The appellant having established at least a *prima facie* violation of his right to liberty under section 7, the onus then lies on the Crown under section 1 to demonstrate the existence of reasonable limits prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society: *Quebec Association of Protestant School Boards et al. v. Attorney General of Quebec et al.* (No. 2) (1982), 140 D.L.R. (3d) 33 (Que. S.C.), affirmed (1983), 1 D.L.R. (4th) 573 (Que. C.A.). The respondent here did not attempt to meet this onus.

I would therefore dispose of the case as proposed by the Chief Justice.

prendre des dispositions raisonnables et opportunes pour assurer la représentation, dispositions jugées nécessaires par le juge en chef McEachern dans l'arrêt *Joplin*.

<sup>a</sup> Il est également inutile en l'espèce de déterminer quelles sont les limites des droits conférés par l'article 7, s'il en est, pouvant se justifier en vertu des dispositions de l'article 1 de la Charte. Comme l'appelant a établi, à première vue du moins, qu'on a porté atteinte à son droit à la liberté en vertu de l'article 7, c'est maintenant à la Couronne qu'il incombe, en vertu de l'article 1, de démontrer que ce droit peut être restreint 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: *Quebec Association of Protestant School Boards et al. v. Attorney General of Quebec et al.* (N° 2) (1982), 140 D.L.R. (3d) 33 (C.S. Qc), confirmée à (1983), 1 D.L.R. (4th) 573 (C.A. Qc). En l'espèce, l'intimé n'a pas tenté de se décharger de ce fardeau.

Je statue donc dans le sens que propose le juge en chef.