

T-2339-85	<b>Garnet Clarence Weatherall (Plaintiff)</b>	T-2339-85	<b>Garnet Clarence Weatherall (demandeur)</b>
	v.		c.
	<b>Attorney General of Canada, Solicitor General of Canada and Commissioner of Corrections (Defendants)</b>		<sup>a</sup> <b>Procureur général du Canada, Solliciteur général du Canada et Commissaire aux services correctionnels (défendeurs)</b>
T-2613-85	<b>Philip Conway (Plaintiff)</b>	T-2613-85	<sup>b</sup> <b>Philip Conway (demandeur)</b>
	v.		c.
	<b>The Queen (Defendant)</b>		<b>La Reine (défenderesse)</b>
T-2614-85	<b>Richard Spearman (Applicant)</b>	T-2614-85	<sup>c</sup> <b>Richard Spearman (requérant)</b>
	v.		c.
	<b>Disciplinary Tribunal of Collins Bay Penitentiary, namely Peter Radley and Attorney General of Canada (Respondents)</b>		<sup>d</sup> <b>Tribunal disciplinaire de l'établissement de Collins Bay, c'est-à-dire Peter Radley, et Procureur général du Canada (intimés)</b>
	<i>INDEXED AS: WEATHERALL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)</i>		<i>RÉPERTORIÉ: WEATHERALL c. CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL)</i>
	Trial Division, Strayer J.—Kingston, Ontario, December 8, 9, 10, 11 and 12, 1986; Ottawa, March 27, 1987.		<sup>e</sup> Division de première instance, juge Strayer—Kingston (Ontario), 8, 9, 10, 11 et 12 décembre 1986; Ottawa, 27 mars 1987.
	<i>Penitentiaries — Female guards in men's penitentiaries — Legality of female guards' presence at strip searches and conducting surveillance of living quarters and frisk searches — Conflict between inmates' expectation of privacy and equal opportunities for women's employment in prison system.</i>		<sup>f</sup> <i>Pénitenciers — Gardiennes dans des pénitenciers réservés aux hommes — Les gardiennes peuvent-elles légalement assister à des fouilles à nu, surveiller les unités résidentielles et effectuer des fouilles par palpation? — Opposition entre les attentes des détenus en matière de vie privée et l'égalité des chances en matière d'emploi pour les femmes dans le système carcéral.</i>
	<i>Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Penitentiaries — Legality of female guards' presence at strip searches of male inmates, participation in surveillance of living quarters and conducting frisk searches — Charter s. 7 not applicable as impossible to conclude meant to deal with searches not dealt with by s. 8.</i>		<sup>g</sup> <i>Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Pénitenciers — Les gardiennes peuvent-elles légalement assister à des fouilles à nu de détenus, participer à la surveillance des unités résidentielles et effectuer des fouilles par palpation — L'art. 7 de la Charte ne s'applique pas, car il est impossible de conclure qu'il est destiné à viser les fouilles auxquelles l'art. 8 ne s'applique pas.</i>
	<i>Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Search or seizure — Illegality of Regulations authorizing strip searches of convicts as not establishing sufficiently objective pre-conditions in general, and with respect to female guards' presence in particular — Frisk searches of male inmates by female guards not infringing Charter s. 8 as invasion of privacy trivial and offset by public interest in security and in equal access of women to employment in penitentiaries — Prohibition of unannounced or unscheduled visual examination of male inmates' living quarters by female guards, except in emergencies.</i>		<sup>h</sup> <i>Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Fouilles, perquisitions ou saisies — Illégalité du Règlement autorisant les fouilles à nu de détenus parce qu'il ne fixe pas de conditions préalables suffisamment objectives, notamment en ce qui concerne la présence de gardiennes — Les fouilles par palpation de détenus effectuées par des gardiennes ne contreviennent pas à l'art. 8 de la Charte parce qu'il s'agit d'une intrusion négligeable dans la vie privée, qui est contrebalancée par l'intérêt du public à ce que la sécurité soit sauvegardée et à ce que les femmes bénéficient de l'égalité des chances en matière d'emploi dans les pénitenciers</i>
			<sup>i</sup> <i>— Sauf dans les cas d'urgence, les gardiennes ne peuvent procéder, à l'improviste ou sans s'annoncer, à l'examen visuel des unités résidentielles des détenus.</i>
			<sup>j</sup>

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Cruel and unusual treatment or punishment — Strip searching of male prisoners in presence of female guards in violation of s. 12, except in emergencies.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Regulations authorizing strip searches of male inmates in presence of female guards and frisk searches and cell surveillance by female guards but prohibiting searches of female inmates by male guards — Such inequality protected by Charter s. 15(2) only to extent infringements on male privacy reasonably necessary to operation of affirmative action programme — Use of female guards in non-emergency skin searches or unscheduled, unannounced surveillance of cells not necessary to employment — Charter s. 28 reinforcing finding of invalidity but having no significant effect in present case as regulations and practices invalid by virtue of Charter ss. 8 and 15.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Affirmation of equal right to employment in Human Rights Act and Public Service Employment Act not constituting "limits prescribed by law" within Charter s. 1 — Such right not exercisable without regard for rights of others — Regulations and Directives provisions concerning female guards in male institutions unsustainable under ss. 8, 12 and 15 equally unsustainable under s. 1 — Commissioner's Directives not "law" as creating no legal rights or obligations.*

*Bill of Rights — Use of female guards in male penitentiaries for frisk searching when male guards not so used in female institution not denial of equality before law — Situation result of affirmative action programme in pursuance of valid federal objective — Frisk searching trivial intrusion on privacy.*

The plaintiff Weatherall, an inmate of the Joyceville Institution, was subjected to a strip search in the presence of a female guard. There was no emergency. The plaintiff seeks a declaration, based on sections 7, 8, 12 and 15 of the Charter, that paragraph 41(2)(c) of the Regulations and paragraph 14 of the Commissioner's Directives, which authorize such a search, are invalid. The plaintiff Conway, an inmate at the Collins Bay Penitentiary, complains of the participation of female guards in frisk searching and cell surveillance and seeks a declaration prohibiting this. The applicant Spearman, an inmate at the Collins Bay Penitentiary, was convicted of refusing to submit to a frisk search by a female guard. The applicant seeks a writ of *certiorari* to quash the conviction, invoking his right to privacy and his right not to be discriminated against by reason of sex.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Traitements ou peines cruels et inusités — La fouille à nu de détenus effectuée en présence de gardiennes contrevient à l'art. 12, sauf dans les cas d'urgence.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le Règlement autorise les fouilles à nu de détenus en présence de gardiennes et permet à celles-ci d'effectuer des fouilles par palpation desdits détenus et de surveiller leur cellules, mais il interdit les fouilles de détenues par des gardiens — Une telle inégalité de traitement n'est protégée par l'art. 15(2) de la Charte que dans la mesure où les atteintes à la vie privée des détenus sont raisonnablement nécessaires pour le fonctionnement du programme d'action positive — Il n'est pas nécessaire aux fins de l'emploi d'avoir recours à des gardiennes dans des situations ne présentant aucun caractère d'urgence pour effectuer des fouilles à nu ou pour surveiller les cellules à l'improviste et sans s'annoncer — L'art. 28 corrobore la conclusion d'invalidité, mais il n'a aucune véritable incidence en l'espèce étant donné que les textes réglementaires et les pratiques suivies sont nuls en vertu des art. 8 et 15 de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — La reconnaissance dans la Loi sur les droits de la personne et dans la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique du droit à l'égalité des chances en matière d'emploi ne constitue pas «une règle de droit [qui impose] des limites» au sens de l'art. 1 de la Charte — Un tel droit ne peut être exercé sans tenir compte des droits des autres personnes — Les dispositions du Règlement et des Directives qui concernent les gardiennes dans les pénitenciers réservés aux hommes sont invalides en vertu des art. 8, 12 et 15 et le sont également en vertu de l'art. 1 — Les Directives du commissaire ne constituent pas une «règle de droit», car elles ne créent pas de droits ni d'obligations reconnus par la loi.*

*Déclaration des droits — Le recours dans les pénitenciers réservés aux hommes à des gardiennes pour effectuer des fouilles par palpation alors qu'on n'utilise pas de gardiens pour faire de telles fouilles dans les établissements réservés aux femmes ne constitue pas une atteinte au droit à l'égalité devant la loi — Cette situation découle du programme d'action positive qui vise un objectif fédéral régulier — La fouille par palpation constitue une intrusion négligeable dans la vie privée.*

Le demandeur Weatherall, qui est détenu à l'établissement de Joyceville, a été fouillé à nu en présence d'une gardienne. Il ne s'agissait pas d'une situation d'urgence. Invoquant les articles 7, 8, 12 et 15 de la Charte, le demandeur cherche à obtenir un jugement déclaratoire portant que l'alinéa 41(2)(c) du Règlement et l'article 14 de la Directive du commissaire, qui autorisent une telle fouille, sont nuls. Le demandeur Conway, qui est détenu à l'établissement de Collins Bay, se plaint du fait que des gardiennes participent aux fouilles par palpation et à la surveillance des cellules, et il sollicite un jugement déclaratoire leur interdisant de le faire. Le requérant Spearman, qui est également détenu à l'établissement de Collins Bay, a été reconnu coupable d'avoir refusé de subir une fouille par palpation par une gardienne. Invoquant le droit à la protection de la vie privée ainsi que le droit à la protection contre la discrimination fondée sur le sexe, il demande un bref de *certiorari* annulant sa déclaration de culpabilité.

These cases involve conflicts between the rights or aspirations of prison inmates to enjoy, as much as possible, standards of privacy and public decency equivalent to those outside prisons, and those of women to equal opportunities for employment in the federal prison system.

*Held*, the applications for declarations are allowed in part. The application for *certiorari* is dismissed.

Section 7 of the Charter is not applicable to these cases. It does not have a broader "substantive" content involving a right of privacy not covered by sections 8 to 14 of the Charter. One cannot say that section 7 states a general principle of which sections 8 to 14 are but examples.

Section 8 requires that certain conditions be met for a strip search to be conducted. Strip searches are so intrusive of human dignity and privacy that there must be some criteria laid down for their use. Circumstances where routine individual searches, non-routine general searches, and non-routine individual searches are justified must be defined. Reasonable and probable cause should be required to be demonstrated to a superior officer before or after all non-routine searches. The Regulations in effect at the time of the search of Weatherall did not meet these requirements. To permit a search where the staff member "considers such action reasonable", as does paragraph 41(2)(c) of the Regulations, is to give too much latitude. And while the Commissioner's Directives purport to establish certain criteria for strip searches, they do not have legal force and therefore do not constitute legal requirements which would make the search power provided in the Regulations a reasonable one within the meaning of section 8 of the Charter. And the Court is not prepared to read the necessary criteria into paragraph 41(2)(c).

There remains to determine, under section 8, the reasonableness of the manner in which a search, otherwise properly authorized, is carried out, *i.e.* cross-gender searches. In most circumstances, the involuntary exposure of the body to fairly close and deliberate viewing by a member of the opposite sex offends normal standards of public decency and is not justified, even in the prison context. The Regulations do not adequately limit the power of strip searching in this respect. "Cross-gender" viewing of strip searching should be limited to emergencies.

The routine frisk searches in question herein do not infringe rights protected by section 8 of the Charter. They constitute only trivial invasions of privacy which are more than offset by the public interest in security and in the equal access of women to employment in federal penitentiaries. If female guards were unable to perform such duties, their usefulness and career opportunities would be drastically limited.

Other than in emergencies, female officers should not be in a position to make unannounced or unscheduled visual examinations of occupied cells of male inmates.

Ces trois affaires concernent l'opposition existant entre les droits ou aspirations des détenus à bénéficier, dans la mesure du possible, des mêmes normes de protection de la vie privée que les personnes en liberté et ceux des femmes à l'égalité des chances en matière d'emploi dans le système carcéral fédéral.

*a Jugement*: les demandes visant à obtenir des jugements déclaratoires sont accueillies en partie. La demande de *certiorari* est rejetée.

L'article 7 de la Charte ne s'applique pas aux cas présents. Il ne comporte pas un élément de fond plus large supposant l'existence d'un droit à la protection de la vie privée non visé par les articles 8 à 14 de la Charte. On ne peut affirmer que l'article 7 pose un principe général dont les articles 8 à 14 ne sont que des exemples.

L'article 8 exige que certaines conditions soient remplies pour qu'une fouille à nu puisse être effectuée. Ce genre de fouilles constitue, eu égard à la dignité humaine et au droit à la protection de la vie privée, une atteinte qui exige que soient énoncés des critères indiquant les cas où ces fouilles peuvent être effectuées; il faut préciser les circonstances où les fouilles individuelles de routine, les fouilles générales exceptionnelles ainsi que les fouilles individuelles exceptionnelles sont justifiées.

*d* Il faut exiger que l'existence d'une cause raisonnable et probable soit démontrée à un fonctionnaire supérieur avant ou après toute fouille exceptionnelle. Le Règlement en vigueur au moment où Weatherall a été fouillé ne satisfaisait pas à ces exigences. Permettre qu'une fouille soit effectuée lorsqu'un membre du personnel «considère une telle mesure raisonnable», comme le prévoit l'alinéa 41(2)c) du Règlement, équivaut à accorder une trop grande latitude. Et bien que les Directives du commissaire soient censées fixer certains critères pour les fouilles à nu, elles n'ont pas force de loi et, par conséquent, elles ne constituent pas des exigences légales qui feraient du pouvoir de fouille prévu au Règlement un pouvoir raisonnable au sens de l'article 8 de la Charte. En outre, la Cour n'est pas disposée à interpréter l'alinéa 41(2)c) de façon à y ajouter les critères nécessaires.

Il reste à déterminer, relativement à l'article 8, si la manière de procéder à une fouille, par ailleurs légalement permise, est raisonnable, lorsqu'elle est effectuée par une personne de l'autre sexe. Dans la plupart des cas, le fait pour une personne de devoir, contre son gré, exposer son corps à la vue d'une personne de l'autre sexe se trouvant à proximité va à l'encontre des normes de la décence et n'est pas justifié, même dans le contexte carcéral. À cet égard, le Règlement ne limite pas suffisamment le pouvoir d'effectuer des fouilles à nu. La présence d'une personne de l'autre sexe au cours de fouilles à nu ne devrait être autorisée que dans les cas d'urgence.

Les fouilles par palpation de routine dont il est question en l'espèce ne portent pas atteinte aux droits garantis par l'article 8 de la Charte. Elles ne constituent qu'une intrusion négligeable dans la vie privée, qui est largement contrebalancée par l'intérêt du public à ce que la sécurité soit sauvegardée et à ce que les femmes bénéficient de l'égalité des chances en matière d'emploi dans les pénitenciers fédéraux. S'il était impossible pour les gardiennes d'effectuer ce genre de tâches, leur utilité et leurs chances d'avancement seraient grandement limitées.

*j* Sauf en cas d'urgence, les gardiennes ne devraient pas pouvoir procéder, à l'improviste ou sans s'annoncer, à l'examen visuel des cellules occupées par les détenus.

It being accepted that strip searches of inmates is "treatment" within the meaning of section 12 of the Charter, strip searches in the presence of female guards, absent an emergency, would normally violate the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment. Under this heading also, paragraph 41(2)(c) of the Regulations is overly broad in the powers it confers on staff members with respect to strip searches.

Conway and Weatherall invoke the equality rights guaranteed by section 15 of the Charter with respect to strip searches, frisk searches and cell surveillance. A complaint under subsection 15(1) cannot be sustained with respect to frisk searches because the interference with privacy is trivial. The use of female guards in non-emergency strip searches, or in unscheduled, unannounced surveillance of cells, is not necessary to their employment in men's penitentiaries. To this extent, this inequality, flowing from the affirmative action programme and the absence of male guards in women's penitentiaries performing similar functions, is not protected by subsection 15(2). On the other hand, emergency skin searches and scheduled and announced cell surveillance are protected by Charter section 15(2) as reasonably necessary to the affirmative action programme.

Section 28 of the Charter has no significant effect in the present case. But to the extent that section 8 is infringed by "cross-gender" strip searching or cell surveillance with respect to male, but not female, prisoners, this violates section 28. And while section 28 may afford further protection, it really adds nothing because such regulations and practices are already invalid by virtue of sections 8 and 15.

The affirmation of equal right to employment in the *Canadian Human Rights Act* and the *Public Service Employment Act* does not constitute "limits prescribed by law" on the rights of male inmates within the meaning of section 1 of the Charter. Equality rights are not exercisable without regard for the rights of others. To the extent that the attacked provisions of the Regulations and the Directives have been found unsustainable under sections 8, 12 and 15 of the Charter, they are equally unsustainable under section 1 as no further justification for them has been demonstrated. And the Commissioner's Directives do not set "limits prescribed by law": they are not "law" within the meaning of section 1 because they create no legal rights or obligations.

The use of female guards in male penitentiaries for frisk searching when male guards are not used similarly in female institutions is not a denial of equality before the law within the meaning of paragraph 1(b) of the Bill of Rights. The situation is the result of an affirmative action programme in pursuance of a valid federal objective. In any event, frisk searching is only a trivial intrusion on privacy which the Bill of Rights is not intended to proscribe.

Si on reconnaît que les fouilles à nu des détenus constitue un «traitement» au sens de l'article 12 de la Charte, ces fouilles, lorsqu'elles sont effectuées en présence de gardiennes dans des situations ne présentant aucun caractère d'urgence, contreviendraient normalement au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. En vertu de cet article également, l'alinéa 41(2)c) du Règlement confère aux membres du personnel des pouvoirs trop larges en ce qui concerne les fouilles à nu.

Conway et Weatherall invoquent les droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte en ce qui concerne les fouilles à nu, les fouilles par palpation et la surveillance des cellules. Il n'est pas possible de faire droit à une plainte fondée sur le paragraphe 15(1) en ce qui a trait aux fouilles par palpation parce que, dans un tel cas, l'ingérence dans la vie privée est négligeable. La fouille à nu par des gardiennes dans des situations ne présentant aucun caractère d'urgence ou la surveillance à l'improviste des cellules par celles-ci ne constituent pas des tâches essentielles de leur emploi dans des pénitenciers réservés aux hommes. C'est dans cette mesure que l'inégalité découlant du programme d'action positive et de l'absence de gardiens effectuant les mêmes tâches dans les pénitenciers réservés aux femmes n'est pas protégée par le paragraphe 15(2). Par contre, les fouilles à nu effectuées d'urgence et la surveillance à intervalle fixe sont protégées par le paragraphe 15(2) de la Charte parce qu'elles sont raisonnablement nécessaires au programme d'action positive.

L'article 28 n'a aucune incidence véritable en l'espèce. Mais dans la mesure où l'article 8 est violé par les fouilles à nu ou la surveillance des cellules effectuées par une personne de l'autre sexe dans le cas des détenus mais non des femmes détenues, il y a atteinte à l'article 28. Et bien que l'article 28 fournisse une protection supplémentaire, il n'a aucune utilité en l'espèce, car les textes réglementaires et les pratiques suivies sont déjà nuls en vertu des articles 8 et 15.

La reconnaissance dans la *Loi sur les droits de la personne* et dans la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* du droit à l'égalité des chances en matière d'emploi ne constitue pas une «règle de droit [qui impose] des limites» aux droits des détenus au sens de l'article 1 de la Charte. Les droits à l'égalité ne peuvent être exercés sans tenir compte des droits des autres personnes. Étant donné que les dispositions contestées du Règlement et des Directives ont été jugées invalides en vertu des articles 8, 12 et 15 de la Charte, elles sont également invalides en vertu de l'article 1, aucun autre élément permettant de démontrer leur justification n'ayant été fourni. En outre, les Directives du commissaire n'imposent pas des limites prévues dans une règle de droit: elles ne sont pas une «règle de droit» au sens de l'article 1 parce qu'elles ne créent pas de droits ni d'obligations reconnus par la loi.

Le recours, dans les pénitenciers réservés aux hommes, à des gardiennes pour effectuer des fouilles par palpation alors que de telles fouilles ne sont pas faites par des gardiens dans les établissements réservés aux femmes ne constitue pas une atteinte au droit à l'égalité devant la loi au sens de l'alinéa 1b) de la Déclaration des droits. Cette situation découle d'un programme d'action positive qui vise un objectif fédéral régulier. De toute manière, la fouille par palpation ne constitue qu'une intrusion négligeable dans la vie privée que la Déclaration des droits n'est pas destinée à interdire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 1(b).
- 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, 8, 12, 15, 23, 24(1),(2), 28.
- Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33.
- Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11, s. 73.
- Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), s. 91.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 341A (as added by SOR/79-57).
- Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, s. 41(2)(c) (as am. by SOR/80-462), (3) (as added, *idem*).
- Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.
- U.S. Constitution*, Amend. IV.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp*, *Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per* Le Dain J. dissenting; *Miller et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, *per* Laskin C.J. dissenting; *Gittens (In re)*, [1983] 1 F.C. 152 (T.D.); *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *The Queen v. Beauregard*, [1986] 2 S.C.R. 56; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al.*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Regina v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.); *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Grummett v. Rushen*, 779 F.2d 491 (9th Cir. 1985); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Headley v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 2 F.C. 235 (C.A.); *Re Mitchell and the Queen* (1984), 150 D.L.R. (3d) 449 (Ont. H.C.); *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118.

## DISTINGUISHED:

- R. v. Rao* (1984), 40 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.); *Stanley et al. v. Royal Canadian Mounted Police*, decision dated February 9, 1987, Human Rights Tribunal, not yet reported; *Danch v. Nadon*, [1978] 2 F.C. 484 (C.A.); *Laroche v. Commissioner of R.C.M.P.* (1981), 39 N.R. 407 (F.C.A.).

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 7, 8, 12, 15, 23, 24(1),(2), 28.
- Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 73.
- Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 1b).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1), art. 91.
- Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 10.
- Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32.
- Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, art. 41(2)c) (mod. par DORS/80-462), (3) (ajouté, *idem*).
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 341A (ajoutée par DORS/79-57).
- U.S. Constitution*, Amend. IV.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp*, *Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain (dissident); *Miller et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, le juge en chef Laskin (dissident); *Gittens (In re)*, [1983] 1 C.F. 152 (1<sup>re</sup> inst.); *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards et autres*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Regina v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.); *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Grummett v. Rushen*, 779 F.2d 491 (9th Cir. 1985); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Headley c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 2 C.F. 235 (C.A.); *Re Mitchell and the Queen* (1984), 150 D.L.R. (3d) 449 (H.C. Ont.); *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

- R. v. Rao* (1984), 40 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.); *Stanley et autres c. Gendarmerie royale du Canada*, décision en date du 9 février 1987, Tribunal des droits de la personne, non encore publiée; *Danch c. Nadon*, [1978] 2 C.F. 484 (C.A.); *Laroche c. Commissaire de la G.R.C.* (1981), 39 N.R. 407 (C.A.F.).

## CONSIDERED:

*Re Maltby et al. and The Attorney-General of Saskatchewan* (1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (Sask. Q.B.), affirmed (1984), 13 C.C.C. (3d) 308 (Sask. C.A.); *Soenen v. Dir. of Edmonton Remand Centre* (1983), 35 C.R. (3d) 206; 3 D.L.R. (4th) 658 (Alta. Q.B.); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979).

## REFERRED TO:

*Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Smith v. Fairman*, 678 F.2d 52 (7th Cir. 1982); *R. v. Yellowquill*, [1984] 12 W.C.B. 9 (Man. Q.B.); *Bagley et al. v. Watson et al.*, 579 F. Supp. 1099 (D. Oreg. 1983); *Hudson v. Palmer*, 82 L. Ed. (2d) 393 (U.S.S.Ct. 1984); *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (N.Y.C.A. 1962); *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.); *Shewchuk v. Ricard*, [1986] 4 W.W.R. 289 (B.C.C.A.).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.  
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. Sous-comité sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada. *Rapport au Parlement*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977.  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Sub-Committee on the Penitentiary System in Canada. *Report to Parliament*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1977.  
 Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Calgary: Carswell, 1986.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.  
 McLeod et al. *The Canadian Charter of Rights: the prosecution and defence of criminal and other statutory offences*, Vol. 2. Toronto: Carswell, 1983.  
 Romanow et al. *Canada ... Notwithstanding* Toronto: Carswell/Methuen, 1984.

## COUNSEL:

*Ronald R. Price, Q.C.* for plaintiff Weatherall.  
*Fergus J. O'Connor* for plaintiff Conway and applicant Spearman.  
*J. Grant Sinclair, Q.C.* and *B. J. Saunders* for defendants and respondents.

## SOLICITORS:

*Faculty of Law, Queen's University*, Kingston, Ontario, for plaintiff Weatherall.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Re Maltby et al. and The Attorney-General of Saskatchewan* (1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (B.R. Sask.), confirmée par (1984), 13 C.C.C. (3d) 308 (C.A. Sask.); *Soenen v. Dir. of Edmonton Remand Centre* (1983), 35 C.R. (3d) 206; 3 D.L.R. (4th) 658 (B.R. Alb.); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Résolution pour modifier la Constitution, Renvoi*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Smith v. Fairman*, 678 F.2d 52 (7th Cir. 1982); *R. v. Yellowquill*, [1984] 12 W.C.B. 9 (B.R. Man.); *Bagley et al. v. Watson et al.*, 579 F. Supp. 1099 (D. Oreg. 1983); *Hudson v. Palmer*, 82 L. Ed. (2d) 393 (U.S.S.Ct. 1984); *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (N.Y.C.A. 1962); *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.); *Shewchuk v. Ricard*, [1986] 4 W.W.R. 289 (C.A.C.-B.).

## DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979.  
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. Sous-comité sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada. *Rapport au Parlement*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977.  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Sub-Committee on the Penitentiary System in Canada. *Report to Parliament*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1977.  
 Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Calgary: Carswell, 1986.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.  
 McLeod et al. *The Canadian Charter of Rights: the prosecution and defence of criminal and other statutory offences*, Vol. 2. Toronto: Carswell, 1983.  
 Romanow et al. *Canada ... Notwithstanding* Toronto: Carswell/Methuen, 1984.

## AVOCATS:

*Ronald R. Price, c.r.* pour le demandeur Weatherall.  
*Fergus J. O'Connor* pour le demandeur Conway et le requérant Spearman.  
*J. Grant Sinclair, c.r.* et *B. J. Saunders* pour les défendeurs et les intimés.

## PROCUREURS:

*Faculty of Law, Queen's University*, Kingston (Ontario), pour le demandeur Weatherall.

*O'Connor, Ecclestone and Kaiser*, Kingston, Ontario, for plaintiff Conway and applicant Spearman.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants and respondents.

*O'Connor, Ecclestone and Kaiser*, Kingston (Ontario), pour le demandeur Conway et le requérant Spearman.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs et les intimés.

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

STRAYER J.:

#### FACTS

These three matters were ordered to be tried consecutively, but by agreement they were all heard together because the issues overlapped to a considerable extent. I am therefore issuing reasons for all of them together. The Weatherall and Conway cases are for various declarations with respect to the legality of use of female guards in federal penitentiaries in doing personal searches of male inmates or in surveillance of living quarters of male inmates. The Spearman case involves an application for *certiorari*, which also concerns the legality of female guards doing "frisk searches" of male prisoners. The application was ordered to be set down for a trial of the issues therein.

#### Facts

To understand the background of these cases it is necessary to note that at one time women were completely excluded from employment as custodians in federal penal institutions for men. In 1977 a Parliamentary Committee recommended that they should have the opportunity for such employment. The Committee's report (Report to Parliament of Sub-Committee on the Penitentiary System in Canada, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, 1977) stated as follows on this subject at pages 601-602:

#### Women Employees

316. Some women are already employed by the Penitentiary Service in institutions for male offenders. Most are in classification, education, psychology, or clerical positions. However, they do not have the career opportunities available to male correctional officers. In the United States, women and men perform the same correctional duties. That includes custody, training, shop instructing, and security complete with the frisk on entry to the prison. (Such frisking is done objectively and

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

LE JUGE STRAYER:

#### FAITS

La Cour a ordonné que ces trois affaires soient instruites consécutivement, mais, après accord, elles ont été instruites ensemble parce que les points soulevés se chevauchent dans une large mesure. J'expose donc les motifs qui s'appliquent à toutes ces affaires. Dans les cas Weatherall et Conway, il s'agit de déterminer, par voie de jugements déclaratoires, la légalité de l'embauche de gardiennes dans les pénitenciers fédéraux en vue de fouiller les détenus de sexe masculin ou de surveiller leurs unités résidentielles. L'affaire Spearman porte sur une demande de *certiorari* qui concerne également la légalité de l'embauche de gardiennes pour effectuer des «fouilles par palpation» de prisonniers de sexe masculin. On a ordonné que cette demande soit inscrite sur le rôle en vue de l'examen des questions en litige.

#### LES FAITS

Pour comprendre l'historique de ces cas, il faut savoir qu'à une certaine époque, les femmes ne pouvaient d'aucune façon exercer les fonctions de gardiennes dans les institutions pénitentiaires fédérales pour hommes. En 1977, un comité parlementaire a recommandé que les femmes aient la possibilité d'occuper un tel emploi. À ce sujet, le rapport du Comité (Rapport au Parlement du sous-comité sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, 1977), indiquait, aux pages 601 et 602:

#### Les employées

316. Quelques femmes travaillent déjà pour le Service canadien des pénitenciers et occupent des postes dans des institutions où se trouvent des délinquants du sexe masculin. La plupart d'entre elles occupent des postes dans les domaines du classement, de l'éducation, de la psychologie ou du travail de bureau. Cependant, aucune d'entre elles n'a accès à la gamme complète des possibilités de carrière offertes à leurs collègues masculins. Aux États-Unis, les hommes et les femmes remplis-

without any self-consciousness. Women do not do skin frisks). The administration and most male correctional officers have welcomed the new dimension of women serving inside the institutions. No justification exists for excluding competent, stable and mature women from the full spectrum of the Penitentiary Service. The principal benefits for the service are a pool of new talent and a healthier correctional environment.

#### Recommendation 17

**Women should be employed on the same basis as men in the Penitentiary Service. Selection must be according to the same criteria used for men to ensure that recruits have the aptitude, maturity, stability and self-discipline required for penitentiary work.**

After a pilot project such a policy was introduced in 1980 in respect of minimum-security and medium-security institutions. In 1983 the Government of Canada adopted an affirmative action programme which had the effect of setting targets for employment of women in various categories in Correctional Services, and ensuring their admission to such posts by restricting access of male candidates or transferees. With respect to the two categories relevant to these cases, the CX-COF (Custodial Officers) and CX-LUF (Living Unit Officers), the target was set at 19% of all such officers to be women by 1988. According to evidence at trial, as of October 31, 1986 12.4% of all correctional officers in federal institutions were women. At the two institutions in question here, Collins Bay (Kingston) and Joyceville, the actual numbers and percentages of females were as follows: Collins Bay, CX-COF, 21 (14.5%); CX-LUF, 0 (0%), there being no "Living Units" at Collins Bay; Joyceville, CX-COF, 13 (13.1%); CX-LUF, 17 (26.6%). The evidence indicated that, with minor exceptions, such female officers are expected to perform the same duties as male officers and they are routinely rotated throughout various assignments on successive shifts of officers. It may also be noted that in April, 1984 the first women were employed as custodial staff in maximum-security institutions, although that is not in issue here. Both the institutions involved in the present cases are medium-security.

sent les mêmes fonctions correctionnelles, qu'il s'agisse de la détention, de la formation, de l'instruction dans les ateliers ou de la sécurité, y compris les fouilles à l'arrivée dans la prison (ces fouilles sont faites avec objectivité et sans gêne; elles ne font cependant pas les fouilles à «poil»). L'administration et la plupart des agents correctionnels masculins ont bien accepté cette nouvelle dimension qu'offre la présence des femmes travaillant dans les établissements. Rien ne justifie que l'on empêche les femmes faisant preuve de maturité et de stabilité de participer également à tous les aspects du Service des pénitenciers. Les principaux avantages qu'en retirera le Service seront d'avoir de nouveaux talents et un milieu correctionnel plus sain.

#### Recommandation 17

**Que les femmes et les hommes soient traités sur un pied d'égalité en ce qui concerne les emplois dans le Service canadien des pénitenciers. La sélection doit se faire de la même façon que pour les hommes pour garantir que les candidates ont l'aptitude, la maturité et la maîtrise personnelle nécessaires au travail pénitentiaire.**

Suite à un projet-pilote, une telle politique a été instaurée en 1980 à l'égard des institutions pénitentiaires à sécurité minimale et à sécurité moyenne. En 1983, le gouvernement du Canada a adopté un programme d'action positive qui a eu pour effet d'établir des objectifs concernant l'emploi des femmes dans diverses catégories de services correctionnels, et d'assurer leur admission à ces postes en restreignant l'embauche ou les mutations de candidats de sexe masculin. En ce qui a trait aux deux catégories en rapport avec ces cas, les CX-COF (les gardiens) et les CX-LUF (les agents d'unités résidentielles), le pourcentage visé de femmes occupant ces fonctions a été fixé à 19 % d'ici 1988. En date du 31 octobre 1986, selon des témoignages fournis au procès, 12,4 % de tous les agents correctionnels dans les établissements fédéraux étaient des femmes. Dans les deux institutions dont nous traitons ici, soit Collins Bay (Kingston) et Joyceville, voici le nombre et le pourcentage des femmes: Collins Bay, CX-COF, 21 (14,5 %); CX-LUF, 0 (0 %), parce qu'il n'y a pas d'«unités résidentielles» à Collins Bay; Joyceville, CX-COF, 13 (13,1 %); CX-LUF, 17 (26,6 %). Les témoignages indiquent qu'à de rares exceptions près, on s'attend à ce que ces agents de sexe féminin exercent les mêmes fonctions que des agents de sexe masculin et alternent régulièrement en étant affectés à des postes successifs d'agents. On peut également signaler qu'en avril 1984, les premières femmes ont été employées comme gardiennes dans des institutions à sécurité maximale, bien que ce soit hors de propos en l'espèce. Les deux institutions en question sont des institutions à sécurité moyenne.



It is necessary to note the particular complaints of the inmates in question. With respect to Weatherall, he has been in penitentiary serving his present sentence since 1974. The events complained of occurred on June 13, 1985 while he was at Joyceville Institution. On that day when he was leaving the visit area, having just received a visit there from his wife, he was, together with one Benjamin Greco, another inmate who had just left the visit area also, ordered into an adjacent room for a strip search. The purpose of this was to look for contraband which might have been received during the visit. There was some evidence that at the time prison officers suspected (whether reasonably or not, I need not decide) that this inmate might be involved in drug trafficking in the institution. Present in the room along with the two inmates were three officers, one of whom was a woman, Josephine Hlywa, the other two being men. I find on the basis of his evidence that Weatherall objected to being strip searched in the presence of Hlywa, that she refused to leave, and that the other two guards refused to ask her to leave. (In this connection it is significant that neither Hlywa nor any other officer present on this occasion was called as a witness by the defendants.) The male guards conducted the search of the two inmates and their clothing and Hlywa stood where she could observe as a witness, it being customary for strip searches of any given prisoner to be conducted by two officers with one doing the actual examination of clothing, etc. and the other serving as a witness. Weatherall testified that he had been strip searched some 300 times at Joyceville and this was the only such occasion when a female officer was present. On June 18th Weatherall signed an "Inmate Complaint Form" in respect of this presence of a female guard during a strip search. He relied on the Commissioner's Directive 800-2-07.1 in respect of searches; and in particular, paragraph 14 thereof which states as follows:

14. A strip search shall be conducted with due regard for privacy and by a member of the same sex and normally in the presence of a witness of the same sex. In urgent circumstances, a male inmate may be searched by a female member.

He contended that there was no emergency and that therefore this search was contrary to the rules. He received a response from J. S. Brazeau

Il faut noter les plaintes particulières des détenus en question. En ce qui concerne Weatherall, il purge sa peine actuelle depuis 1974. Les événements qui sont à l'origine de sa plainte se sont produits le 13 juin 1985, alors qu'il était à l'établissement de Joyceville. Ce jour-là, il quittait l'aire des visites où il venait de rencontrer son épouse, quand on lui a ordonné, comme à Benjamin Greco, autre détenu venant également de quitter l'aire des visites, de passer dans une salle voisine pour y subir une fouille à nu. Cette fouille avait pour but de découvrir de la contrebande ayant pu être passée au cours de la visite. Il est prouvé qu'à cette époque, des agents soupçonnaient (à tort ou à raison, je n'ai pas à en décider) ce détenu d'être impliqué dans un trafic de drogue dans l'établissement. Trois agents—une femme, Josephine Hlywa, et deux hommes—se trouvaient dans la salle en compagnie des deux détenus. Il ressort de son témoignage que Weatherall a refusé d'être fouillé à nu en présence de Hlywa, que cette dernière a refusé de sortir, et que les deux autres gardiens ont refusé de lui demander de sortir. (À cet égard, le fait que ni Hlywa, ni un des autres agents présents n'ont été convoqués comme témoin par les défendeurs, est révélateur.) Les gardes de sexe masculin ont fouillé les deux détenus et leurs vêtements, et Hlywa est restée debout à un endroit d'où elle pouvait observer comme témoin; selon l'usage, les fouilles à nu de tout prisonnier sont effectuées par deux agents—l'un d'eux examine effectivement les vêtements et autres effets, l'autre agit comme témoin. Dans son témoignage, Weatherall a déclaré qu'il a été fouillé à nu environ 300 fois à Joyceville, et que c'est la seule occasion où il s'est trouvé en présence d'un agent de sexe féminin. Le 18 juin, Weatherall a signé une «Formule de plainte du détenu» relativement à cette présence d'une gardienne au cours d'une fouille à nu. Il s'est fondé sur la Directive du Commissaire 800-2-07.1 relative aux fouilles, et particulièrement sur le paragraphe 14 de cette directive qui prévoit:

14. Toute fouille à nu doit être effectuée avec discrétion par un membre du même sexe, et habituellement en présence d'un témoin du même sexe. Dans les cas d'urgence, un détenu peut être fouillé par un membre du sexe opposé.

Il a soutenu qu'il n'y avait pas urgence et que, par conséquent, cette fouille était contraire aux règles. Il a reçu une réponse de J. S. Brazeau le 28 juin

dated June 28, 1985. The complaint of the inmate was upheld but the following answer was given:

I agree there was no emergency which is the only time that the Commissioner's directive states that female may strip search an inmate.

It is unfortunate that this happened, however, security staff are now well aware of the policy and this should not happen again in future.

On July 2, 1985 Weatherall signed an "Inmate Grievance Presentation" addressed to the warden of Joyceville which reiterated his complaint and asked what was going to be done about it. The response on behalf of the warden was, quoting "Divisional Instruction 600-6-03.2":

When the subject-matter of a written complaint has been upheld and corrective acting has been taken, a grievance on the same subject shall not be accepted as the matter is considered to have been resolved.

Therefore his grievance was rejected. Weatherall says that he was very upset by this experience. According to Ralph Serin, the psychologist at Joyceville, Weatherall saw him on June 18, 1985 and seemed very angry about the incident.

In this action Weatherall seeks a declaration that paragraph 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, as amended [by SOR/80-462], and paragraph 14 of the Commissioner's Directives are invalid. Paragraph 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations* provides as follows:

41. ...

(2) ... any member may search

(c) any inmate or inmates, where a member considers such action reasonable to detect the presence of contraband or to maintain the good order of an institution; . . .

Paragraph 14 of the Commissioner's Directives has been quoted above. The grounds alleged for invalidity are that these provisions are inconsistent with the rights guaranteed in sections 7, 8, 12, and 15 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.)].

The plaintiff Conway is at present serving a sentence at Collins Bay Penitentiary where he has been since 1982. He complains of no specific inci-

1985. La plainte du détenu a été maintenue, mais on lui a fourni la réponse suivante:

[TRADUCTION] Je conviens qu'il n'y avait pas urgence, seul cas où la directive du Commissaire permet à une gardienne d'effectuer une fouille à nu d'un détenu.

Il s'agit d'un incident malheureux, toutefois, le personnel chargé de la sécurité connaît bien maintenant la politique et cette situation ne devrait pas se reproduire.

Le 2 juillet 1985, Weatherall a signé une «Présentation d'un grief par un détenu» adressée au directeur de l'établissement de Joyceville dans laquelle il réitérait sa plainte et demandait quelles mesures seraient prises à cet égard. On a répondu au nom du directeur en citant «l'instruction divisionnaire 600-6-03.2»:

Lorsqu'une plainte écrite a été maintenue et que des mesures correctives ont été prises, un grief à ce même sujet est non recevable, étant donné que la question est considérée comme étant résolue.

Son grief a donc été rejeté. Weatherall déclare que cette expérience l'a grandement bouleversé. Ralph Serin, psychologue à Joyceville, affirme qu'il a rencontré Weatherall le 18 juin 1985, et que l'incident a semblé susciter une vive colère chez ce dernier.

Dans la présente action, Weatherall tente d'obtenir un jugement déclarant que l'alinéa 41(2)(c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, modifié [par DORS/80-462], et le paragraphe 14 des Directives du Commissaire sont nuls. L'alinéa 41(2)(c) porte:

41. ...

(2) ... un membre peut fouiller

(c) un détenu ou des détenus, lorsqu'un membre considère une telle mesure raisonnable et nécessaire pour déceler la présence de contrebande ou pour assurer le bon ordre au sein d'une institution; . . .

Le paragraphe 14 des Directives du Commissaire a déjà été cité. Selon les motifs allégués ces dispositions sont contraires aux droits garantis par les articles 7, 8, 12 et 15 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.)].

Le demandeur Conway purge actuellement une peine au pénitencier de Collins Bay où il est détenu depuis 1982. Il ne se plaint d'aucun incident précis

dent but rather of two general practices within the institution involving the performance of certain duties by female guards. These duties, which equally devolve upon female guards because of their regular rotation throughout all custodial posts for which their rank qualifies them, are "frisk searching" (that is searching a fully clothed inmate by the guard running his or her hands over the inmate's clothing looking for any unusual signs that might indicate the presence of a weapon or contraband), and entry within the male inmates' living areas for purposes of regular counts of prisoners (four times a day), "winds" (surveillance patrols about once every hour but at irregular times), and to seek prisoners when their presence is required elsewhere, etc. With respect to frisk searching, while Conway did not specify why he disliked it, he said that his "girlfriend doesn't like it". He had no specific personal complaints as to the way frisk searches had been conducted on him by female guards. When asked if they touched the genital area when conducting such searches, he said that they had not done so on him although he had "heard stories". He explained, and this was confirmed by much other evidence, that frisk searches are conducted as a matter of routine at numerous posts throughout these institutions, and that they are frequently conducted by women because women guards are indiscriminately deployed among the various posts. It is common, for example, for a frisk search to be required of every inmate passing certain points in the institution, such as in entering the administrative or hospital areas or in leaving the kitchen area after working there.

As for the presence of female guards in the living areas, Conway's main complaint was that female guards frequently would have occasion to look into an inmate's cell without warning and that it sometimes happened that they would see male inmates undressed or performing personal functions such as using the toilet. He said that on average he would be seen on the toilet one to three times a year by a female guard. Conway in his prayer for relief seeks, *inter alia*, the following declarations:

mais plutôt de deux usages généralement répandus dans l'établissement, concernant l'exécution de certaines fonctions par des gardiennes. Ces fonctions, qui peuvent être également exercées par des gardiennes car celles-ci doivent occuper par roulement régulier tous les postes pour lesquels elles sont qualifiées, sont la «fouille par palpation» (c'est-à-dire la fouille d'un détenu entièrement vêtu, par le gardien qui palpe ses vêtements à la recherche de signes inhabituels pouvant révéler la présence d'une arme ou de contrebande), et l'entrée à l'intérieur des unités résidentielles des détenus de sexe masculin pour effectuer les dénombrements réguliers des prisonniers (quatre fois par jour), «les rondes éclairs» (rondes de surveillance effectuées à peu près à toutes les heures mais irrégulièrement), et pour aller chercher les prisonniers dont la présence est exigée ailleurs, etc. En ce qui concerne la fouille par palpation, bien que Conway n'ait pas précisé ce qui l'importunait, il a dit que sa [TRADUCTION] «petite amie n'aime pas cela». Il n'avait aucune plainte personnelle à formuler quant à la façon dont les gardiennes ont effectué les fouilles par palpation sur sa personne. Lorsqu'on lui a demandé si elles lui ont touché les parties génitales au cours de ces fouilles, il a répondu que non bien qu'il ait entendu des histoires à ce sujet. Il a expliqué, ce qui a été confirmé par bien d'autres témoignages, que les fouilles par palpation sont effectuées de façon routinière à de nombreux postes, partout dans ces établissements, et souvent par des femmes, car les gardiennes sont affectées sans discrimination à ces différents postes. Il est courant, par exemple, d'exiger une fouille par palpation de tous les détenus passant à certains endroits de l'établissement, lorsque par exemple ils entrent dans les secteurs administratif ou hospitalier, ou quittent la cuisine après y avoir travaillé.

En ce qui concerne la présence de gardiennes dans les secteurs de logement, la principale plainte de Conway portait sur le fait que des gardiennes, ont souvent l'occasion de regarder dans la cellule d'un détenu sans avertissement, et de voir des détenus déshabillés, ou occupés à des activités intimes telles que l'utilisation des toilettes. Il dit qu'une gardienne le voit assis aux toilettes en moyenne une à trois fois par année. Dans sa demande, Conway conclut, entre autres, aux redressements suivants:

I. A Declaration that frisk searching by female guards upon male inmates involving bodily contact in non-emergency situations is unlawful; and

II. For female guards to be present or to be assigned to duties which would, in the normal course, put them in a position to view male inmates in lavatory facilities or otherwise in states of undress, is unlawful; and

III. It is unlawful, except in emergency situations, for female guards to patrol the actual living areas of male prisoners;

The statement of claim does not spell out on what basis these various practices are "unlawful", although it does appear to raise questions of alleged inequality between the treatment of female inmates and male inmates in federal institutions. Reference is made to paragraph 13 of the same Commissioner's Directive, quoted above, which says:

13. No female inmate shall be frisk or strip searched pursuant to paragraph 10., except by a female member.

This is in contrast to paragraphs 11 and 14 which in effect allow male inmates to be frisk searched, and, in an emergency, strip searched, by a female officer. It is also alleged that in federal institutions for women inmates, male guards "occupy perimeter security positions only". Thus there appears to be an allegation of denial of equality under the law.

The applicant for *certiorari*, Richard Spearman, began his present sentence in 1981 and will not be eligible for parole until 1992. He was an inmate at Collins Bay Penitentiary at the time of the events in question here. On February 20, 1985 he was proceeding to the administrative area to meet his legal advisor, a law student from the Queen's University Correctional Law Project. There is a security post at the entrance to this area. He had proceeded through a metal detector which, according to him, made no sound. There were two female guards on duty there. One of them asked him to submit to a frisk search. Instead he went through the metal detector again for a second time, again without a sound being made. The guard persisted in wishing to make a frisk search. Spearman asked that it be carried out by a male guard instead. After enquiries were made he was told that no male officer was available. The female officer said if he refused to submit to a frisk search then he

[TRADUCTION] I. Un jugement déclarant qu'une fouille par palpation effectuée par des gardiennes sur des détenus de sexe masculin et impliquant un contact corporel dans des situations non urgentes, est illégale;

II. La présence de gardiennes ou leur affectation à des tâches qui leur permettraient normalement d'observer les détenus de sexe masculin dans les salles de toilette ou dans un endroit où ils sont dévêtus, est illégale;

III. Sauf dans des situations d'urgence, les rondes effectuées par des gardiennes dans les unités résidentielles des prisonniers de sexe masculin sont illégales;

La déclaration ne précise pas pour quelles raisons ces diverses pratiques sont «illégales», bien qu'elle laisse supposer des inégalités entre la façon dont les détenus de sexe féminin et ceux du sexe masculin sont traités dans les établissements fédéraux. Il est fait mention du paragraphe 13 de la Directive du Commissaire susmentionnée qui prévoit:

13. Conformément au paragraphe 10., aucune détenue ne doit être fouillée par palpation ou à nu, sauf par un membre du même sexe.

Cette directive va à l'encontre des paragraphes 11 et 14 qui permettent effectivement que des détenus du sexe masculin soient fouillés par palpation et, en cas d'urgence, fouillés à nu par un agent de sexe féminin. Il est aussi allégué que dans les établissements fédéraux pour détenus de sexe féminin, les gardiens [TRADUCTION] «n'occupent que des postes reliés à la sécurité périmétrique». On semble donc alléguer un déni de justice.

Richard Spearman, qui a présenté une requête en *certiorari*, a commencé à purger sa peine actuelle en 1981, et il ne sera admissible à la libération conditionnelle qu'en 1992. Il était détenu au pénitencier de Collins Bay lors des événements en question. Le 20 février 1985, il s'est rendu dans le secteur administratif pour rencontrer son conseiller juridique, un étudiant en droit affecté au Queen's University Correctional Law Project. Il y a un poste de sécurité à l'entrée de ce secteur. Il a franchi un détecteur de métal qui, selon lui, n'a émis aucun son. Deux gardiennes étaient en service à cet endroit. L'une d'elles lui a demandé de se soumettre à une fouille par palpation. Il a plutôt franchi le détecteur de métal une deuxième fois, encore sans déclencher de son. La gardienne a persisté à vouloir effectuer une fouille par palpation. Spearman a demandé que la fouille soit effectuée par un gardien de sexe masculin. Après que des recherches eurent été faites, il a été

could not see his lawyer and he was sent back to his cell. As a consequence he was charged by the officer with refusing to obey a prison rule. On March 27, 1985, he appeared before the respondent Peter Radley sitting as a Disciplinary Court, and he pleaded "guilty with an explanation". His explanation was that he did not think it right that he should be frisk searched by a woman: that it was unnecessary in the circumstances that any search be done, and that if it was to be done it should have been done by a male guard. He said he thought that it was an infringement of his "pride, dignity and self-respect". The respondent Radley as Chairman of the Court responded that whatever Spearman thought of it, the order of a female officer was a lawful order and that he was obliged to obey it. The Chairman explained that it was government policy to provide equal opportunity for females to serve as officers in federal correctional institutions whether for male or female inmates. The penalty imposed by the Chairman was simply "to warn and advise", which is the most lenient penalty authorized for such cases. Spearman subsequently applied on November 28, 1985 for *certiorari* to quash the conviction entered by Chairman Radley, on these grounds: that the Disciplinary Court made an error going to jurisdiction in failing to consider the defence of the right to privacy; that the Court made an error going to jurisdiction in failing to consider whether the order violated by Spearman was a lawful order; and that the Court made an error going to jurisdiction in failing to consider as a defence the right not to be discriminated against by reason of sex.

#### LEGAL ISSUES

##### General Principles

These cases involve, to varying degrees, conflicts real or apparent between the rights or aspirations of two categories of persons: those of prison inmates, to enjoy, to the extent that it is not necessarily incompatible with their situation as prisoners, standards of privacy and public decency equivalent to those outside prisons; and those of women to equal opportunities for employment in

informé qu'aucun agent de sexe masculin n'était disponible. L'agent féminin lui a dit que s'il refusait de se soumettre à une fouille par palpation, il ne pourrait pas voir son avocat, et il a été renvoyé dans sa cellule. Il a donc été accusé par la gardienne d'avoir refusé de se conformer à un règlement carcéral. Le 27 mars 1985, il a comparu devant l'intimé Peter Radley, faisant fonction de tribunal disciplinaire et il a plaidé «coupable avec explication». Son explication a consisté à prétendre qu'il ne saurait être fouillé par palpation par une femme, qu'il était inutile dans les circonstances qu'une fouille soit effectuée, et que si elle devait l'être, un gardien de sexe masculin aurait dû s'en charger. Il a déclaré qu'il s'était senti blessé dans sa «fierté, sa dignité et son amour-propre». L'intimé Radley, à titre de président du tribunal, a répondu que, quoiqu'en pense Spearman, l'ordre donné par une gardienne est légal et qu'il est obligé d'y obéir. Le président a expliqué qu'il s'agissait d'une politique gouvernementale visant à fournir une chance égale aux femmes d'agir comme agents dans les établissements correctionnels fédéraux, que ce soit pour des détenus de sexe masculin ou de sexe féminin. La pénalité imposée par le président a simplement consisté à «l'avertir et à le conseiller», ce qui représente la peine la plus clémentement autorisée dans pareils cas. Par la suite, Spearman a déposée une demande de *certiorari* le 28 novembre 1985 pour faire annuler la condamnation prononcée par le président Radley, pour le motif que le tribunal disciplinaire a commis une erreur de compétence en ne tenant pas compte du moyen de défense que constitue le droit à la vie privée, en omettant de considérer si l'ordre auquel Spearman a désobéi était légal et en négligeant de considérer comme un moyen de défense le droit d'être protégé contre la discrimination fondée sur le sexe.

#### QUESTIONS JURIDIQUES

##### Principes généraux

Ces cas concernent, à divers degrés, des conflits réels ou apparents entre les droits ou les aspirations de deux catégories de personnes: ceux des prisonniers de bénéficier, dans la mesure où cela n'est pas nécessairement incompatible avec leur situation de prisonniers, de normes en matière de protection de la vie privée et de décence publique équivalentes aux normes existant à l'extérieur des

the federal prison system. This conflict has come about because of the great disparity in the numbers of each sex sentenced to federal correctional institutions, with women inmates representing only a small minority of the total federal prison population. Whether this disparity reflects some sexual discrimination in favour of women on the part of the criminal justice system was not in issue before me and I need not consider it. The result of the disparity has been, however, that for women to have significant opportunities for employment as custodial staff in federal prisons it was considered necessary, as explained in the excerpt from the Report of the Parliamentary Committee quoted above, that women be able to work on an essentially equal basis with men in prisons for males.

In approaching the issues it is necessary to keep in mind, as was accepted by a majority of the Supreme Court of Canada in *Solosky v. The Queen*<sup>1</sup> that:

... a person confined in a prison retains all of his civil rights, other than those expressly or impliedly taken from him by law.

Counsel for the plaintiffs and the applicant have invoked several sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as well as paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III]. As these cases all raise similar problems with respect to the interpretation and application of such provisions, I will first discuss what I consider to be their proper interpretation in relation to the main issues and then state my conclusions with respect to each of the plaintiffs and the applicant.

#### Charter, section 7

This section provides 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.

It is contended on behalf of the inmates that their "security" has been deprived other than in accord-

<sup>1</sup> [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 839; see also *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.), at pp. 378-379.

prisons; et ceux des femmes d'avoir des chances égales d'emploi dans le système carcéral fédéral. Ce conflit provient de la grande disparité dans le nombre des personnes de chaque sexe condamnées à une peine dans les établissements correctionnels fédéraux, où les détenus de sexe féminin ne représentent qu'une infime minorité des personnes emprisonnées dans ces établissements. Je n'ai pas été saisi de la question de savoir si cette disparité reflète une certaine discrimination sexuelle en faveur des femmes, due au système pénal et je n'ai pas à examiner cette question. Il résulte toutefois de cette disparité que pour pouvoir bénéficier de chances importantes d'emploi comme gardiennes dans les prisons fédérales pour hommes, tel qu'il a été expliqué dans l'extrait du rapport du Comité parlementaire cité ci-dessus, les femmes doivent avoir la possibilité de faire essentiellement le même travail que les hommes.

En abordant ces questions, il faut se souvenir de la règle que la Cour suprême du Canada a entérinée à la majorité dans l'affaire *Solosky c. La Reine*<sup>1</sup> et selon laquelle:

... une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi.

Les avocats des demandeurs et du requérant ont cité plusieurs articles de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III]. Comme ces cas soulèvent tous des problèmes semblables concernant l'interprétation et l'application de ces dispositions, j'examinerai en premier lieu ce que je considère être leur interprétation appropriée en rapport avec les principales questions en litige et je me prononcerai ensuite sur les arguments de chacun des demandeurs et du requérant.

#### Article 7 de la Charte

Cet article prévoit:

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.

Les avocats des détenus soutiennent que l'on a porté atteinte à leur «sécurité» et ce, à l'encontre

<sup>1</sup> [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839, voir également *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.), aux p. 378 et 379.

ance with the principles of fundamental justice. They contend that section 7 has a broader "substantive" content which for present purposes involves a right of privacy going beyond such privacy interests as may be protected by sections 8 to 14 of the Charter. In support of this proposition counsel for Weatherall relied principally on the decision of the Supreme Court of Canada in the reference *Re B.C. Motor Vehicle Act*.<sup>2</sup> In that decision Lamer J. writing for five members of the Court considered the inter-relationship between section 7 and sections 8 to 14 and concluded that section 7 should not be interpreted more narrowly than the sections which followed it. He also went on to say:

To put matters in a different way, ss. 7 to 14 could have been fused into one section, with inserted between the words of s. 7 and the rest of those sections the oft utilised provision in our statutes, "and, without limiting the generality of the foregoing (s. 7) the following shall be deemed to be in violation of a person's rights under this section". Clearly, some of those sections embody principles that are beyond what could be characterized as "procedural".

I understand the *ratio decidendi* of that case to be that no one may be imprisoned as a result of a process which does not involve the proof of a guilty mind, and that the right to such process is protected by section 7. This is a matter on which sections 8 to 14 are essentially silent. I understand the Supreme Court to have held that the silence of those sections does not preclude section 7 from requiring the proof of certain elements such as *mens rea*. The decision was not based, as I understand it, on a determination that sections 7 to 14 are the equivalent of one section which must be read, as suggested hypothetically by Lamer J. in the quotation above, so that section 7 states a general principle of which sections 8 to 14 are but examples. If this were the case, then I might indeed be obliged to assume that there is a broader right of privacy in section 7, in respect of the matter of searches, going beyond the specific provisions of section 8.

I do not understand the *ratio decidendi* of the *B.C. Motor Vehicle Act* reference to require that conclusion, and I would be reluctant to reach it having regard to other jurisprudence of the Supreme Court of Canada. In its first case involving the Charter, *Law Society of Upper Canada v.*

des principes de justice fondamentale. Ils prétendent que l'article 7 a un contenu plus étendu qui, aux fins de l'espèce, comprend le droit à l'intimité qui va au-delà de ces intérêts de la vie privée susceptibles d'être protégés par les articles 8 à 14 de la Charte. Pour appuyer cette proposition, l'avocat de Weatherall s'est fondé principalement sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada, rendu dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*<sup>2</sup>. Dans cette décision, le juge Lamer, au nom de cinq membres de la Cour, considère les rapports entre l'article 7 et les articles 8 à 14, et conclut que l'article 7 ne devrait pas être interprété plus étroitement que les articles qui le suivent. Il poursuit en disant:

Autrement dit, les art. 7 à 14 auraient pu être fondus en un seul article, en ajoutant, entre le texte de l'art. 7 et les autres articles, la disposition qu'on retrouve souvent dans nos lois «et, sans limiter la généralité de ce qui précède (l'art. 7), ce qui suit est réputé constituer une violation des droits de la personne visés au présent article». Manifestement, certains de ces articles énoncent des principes qui vont au-delà de ce qu'on peut appeler de la «procédure».

Si je comprends bien le fondement de cette affaire, personne ne peut être emprisonné à la suite d'un procès où la preuve d'intention n'est pas établie, et le droit d'exiger une telle preuve est protégé par l'article 7. Les articles 8 à 14 sont silencieux sur ce point. Selon moi, la Cour suprême a voulu dire que le fait que ces articles ne traitent pas ce point n'empêche pas l'article 7 d'exiger la preuve de certains éléments tels que la *mens rea*. À mon avis, cette décision n'était pas fondée sur la conclusion que les articles 7 à 14 sont l'équivalent d'un article qui doit être interprété suivant l'hypothèse émise par le juge Lamer dans l'extrait susmentionné, et selon laquelle l'article 7 énonce un principe général dont les articles 8 à 14 ne sont que des exemples. S'il en était ainsi, je pourrais effectivement être tenu de présumer que l'article 7 renferme un droit plus étendu à la vie privée en ce qui a trait aux fouilles, droit qui dépasserait les dispositions particulières de l'article 8.

Je ne crois pas que le fondement du renvoi relatif à la *Motor Vehicle Act de la C.-B.* mène à cette conclusion, et je serais peu enclin à appuyer cette conclusion après consultation d'autres arrêts de la Cour suprême du Canada. Dans le premier de ces arrêts faisant référence à la Charte, *Law*

<sup>2</sup> [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-503.

<sup>2</sup> [1985] 2 R.C.S. 486, aux p. 502 et 503.

*Skapinker*,<sup>3</sup> Estey J. writing for the Court referred to sections 7 to 14 as "eight disparate sections". This suggests that the Court viewed these sections as dealing to varying degrees with different matters and did not regard sections 8 to 14 as simply examples of a greater whole, section 7. Indeed, even where two different provisions, one generally worded and the other specifically worded, appear in the same section of the Charter, members of the Court have declined to treat the specific as an example of the general. In *R. v. Therens*<sup>4</sup> the Court had to consider the relationship of subsection 24(2) to subsection 24(1). Section 24 provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

One of the questions before the Court was whether there was a more general power in subsection 24(1) to exclude evidence even where the particular conditions specified in subsection 24(2) had not been met. Given the permissive breadth of the words in subsection 24(1), empowering a court to grant "such remedy as the court considers appropriate", and considering that subsection 24(2) is cast in the imperative requiring in the particular circumstances mentioned there that "the evidence shall be excluded", it was fairly arguable that beyond the duty to exclude evidence in subsection 24(2) there was a power to exclude it under subsection 24(1). Le Dain J. stated:

It is clear, in my opinion, that in making explicit provision for the remedy of exclusion of evidence in s. 24(2), following the general terms of s. 24(1), the framers of the *Charter*, intended that this particular remedy should be governed entirely by the terms of s. 24(2). It is not reasonable to ascribe to the framers

<sup>3</sup> [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 377.

<sup>4</sup> [1985] 1 S.C.R. 613.

*Society of Upper Canada c. Skapinker*<sup>3</sup>, le juge Estey, au nom de la Cour, a cité les articles 7 à 14 en les considérant comme «huit articles disparates». Cela laisse entendre que du point de vue de la Cour, ces articles traitent, à divers degrés, de sujets différents et les articles 8 à 14 ne sont pas de simples exemples d'un plus grand ensemble que constitue l'article 7. En effet, même quand deux dispositions différentes dont l'une est rédigée en termes généraux et l'autre en termes spécifiques figurent dans un même article de la Charte, les membres de la Cour ont refusé de traiter la disposition spécifique comme un exemple de la disposition générale. Dans l'affaire *R. c. Therens*<sup>4</sup>, la Cour devait examiner le rapport entre le paragraphe 24(2) et le paragraphe 24(1). L'article 24 porte:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'une des questions soumises à la Cour était de savoir si le paragraphe 24(1) conférait un pouvoir plus général permettant d'écartier des éléments de preuve même lorsque les conditions particulières mentionnées au paragraphe 24(2) n'étaient pas remplies. Étant donné le caractère permissif du libellé du paragraphe 24(1), autorisant un tribunal à accorder «la réparation qu'il estime convenable», et considérant que le paragraphe 24(2) prévoit en termes impératifs que, dans les circonstances particulières qui y sont mentionnées, «ces éléments de preuve sont écartés», on pouvait très bien prétendre que, au-delà de l'obligation d'écartier les éléments de preuve prévus au paragraphe 24(2), le paragraphe 24(1) accordait le pouvoir de le faire. Le juge Le Dain a déclaré:

Il est évident, à mon avis, qu'en faisant suivre du par. 24(2), qui prévoit expressément l'exclusion d'éléments de preuve, les dispositions générales du par. 24(1), les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ce redressement particulier soit régi entièrement par les termes du par. 24(2). Il n'est guère raisonnable de

<sup>3</sup> [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 377.

<sup>4</sup> [1985] 1 R.C.S. 613.



of the *Charter* an intention that the courts should address two tests or standards on an application for the exclusion of evidence—first, whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, and if not, secondly, whether its exclusion would nevertheless be appropriate and just in the circumstances. The inevitable result of this alternative test or remedy would be that s. 24(2) would become a dead letter.<sup>5</sup>

While this was part of a dissenting judgment, the majority of the Court did not disagree but found it unnecessary to deal specifically with the question. McIntyre J. concurred on this point with Le Dain J.<sup>6</sup> The reasoning demonstrates that where general and particular provisions coexist within a single section, a court should be reluctant to regard the specific provision as only an example of a more general provision. This, it may be noted, is consistent with the difficulties which the Judicial Committee of the Privy Council, and the Supreme Court of Canada, had, in the area of the distribution of powers, in attributing to the power granted to Parliament with respect to the “peace, order, and good government of Canada” in the opening words of section 91 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1*)] a content greater than that specified in the 31 enumerated heads of jurisdiction in that section. It will be recalled that between the opening grant of power with respect to “peace, order, and good government” and the enumerated heads, there were the words “but not so as to restrict the generality of the foregoing terms of this section”, words similar to those which Lamer J. hypothetically suggested, in the *B.C. Motor Vehicle Act* reference, could have been used to join section 7 of the *Charter* to the following seven sections. Such words were not used in the *Charter*, and even where they were used in section 91 of the *Constitution Act, 1867* they proved to be ineffective to support a generalized power of Parliament over “peace, order and good government” except

<sup>5</sup> *Ibid.*, at pp. 647-648.

<sup>6</sup> In a subsequent case, *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, per Lamer J., at p. 276 the majority confirmed this interpretation as the conclusion of the Court in *Therens*.

prêter à ces derniers l'intention de contraindre les cours saisies d'une demande d'exclusion d'éléments de preuve à appliquer deux critères, le premier étant de savoir si l'utilisation de ces éléments est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et, le second, dans le cas d'une réponse négative, étant de savoir si leur exclusion est néanmoins convenable et juste eu égard aux circonstances. Il résulterait inévitablement de cet autre critère ou redressement que le par. 24(2) deviendrait lettre morte<sup>5</sup>.

b

Bien que cette déclaration fit partie d'un jugement dissident, les membres de la majorité ne l'ont pas rejetée mais ils ont jugé inutile de traiter expressément cette question. Le juge McIntyre était du même avis que le juge Le Dain à cet égard<sup>6</sup>. Il ressort de leur raisonnement que lorsque des dispositions générales et des dispositions particulières coexistent dans un article, le tribunal doit éviter de considérer la disposition particulière simplement comme un exemple d'une disposition plus générale. Cela, comme on peut le constater, ressemble aux difficultés que le Comité judiciaire du Conseil privé et la Cour suprême du Canada ont eues en matière de partage des pouvoirs, lorsqu'il s'est agi d'attribuer au pouvoir accordé au Parlement, concernant la «paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada», termes qui figurent au début de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*)], un contenu plus étendu que celui des 31 rubriques énumérées dans cet article. Il faut se souvenir qu'entre l'expression attribuant un pouvoir visant la «paix, l'ordre et le bon gouvernement» et les rubriques énumérées, on trouve l'autre expression «sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article», termes semblables à ceux qui, selon l'hypothèse émise par le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, auraient pu être utilisés pour réunir l'article 7 de la Charte aux sept articles suivants. Ces mots n'ont pas été repris dans la Charte, et même lorsqu'ils ont été utilisés à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de*

<sup>5</sup> *Ibid.*, aux p. 647 et 648.

<sup>6</sup> Dans une affaire subséquente, *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer, à la p. 276, la majorité a confirmé que cette interprétation constituait la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Therens*.

in situations of emergency.<sup>7</sup>

Apart from such jurisprudence on textual analysis, decisions of the Supreme Court underline the importance of both the historical and the teleological approach. As the Court said in the *B.C. Motor Vehicle Act* reference:

It ought not to be forgotten that the historic decision to entrench the *Charter* in our Constitution was taken not by the courts but by the elected representatives of the people of Canada. It was those representatives who extended the scope of constitutional adjudication and entrusted the courts with this new and onerous responsibility.<sup>8</sup>

This "historic decision" is presumably relevant not only with respect to legitimizing judicial review but also with respect to determining its scope. The *B.C. Motor Vehicle Act* reference reaffirmed the validity of the "purposive" approach adopted by the Court in earlier *Charter* decisions<sup>9</sup> "to ascertain the purpose of the section 7 guarantee" and thus interpret its meaning. In *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards et al.*<sup>10</sup> the Court was able to determine the purpose of section 23 of the *Charter* having regard to the history of language legislation in Canada. It was able to attribute to the framers of the *Charter* the intention to override the "Quebec Clause", section 73 of Quebec's *Charter of the French Language* [R.S.Q. 1977, c. C-11]. A commensurate purpose was attributed to section 23 of the *Charter* with the result that the provincial law could not be saved by resort to section 1 of that instrument. It appears that such history of section 23 was judicially noticed for the most part. Using a similar approach, it is now commonly known and a proper subject of judicial notice that in the framing of the *Charter* many provincial governments were opposed to any broadly worded version

<sup>7</sup> See e.g. *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (2nd ed., Toronto: Carswell, 1985) at pp. 371-372.

<sup>8</sup> *Supra* note 2 at p. 497.

<sup>9</sup> *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

<sup>10</sup> [1984] 2 S.C.R. 66, especially at pp. 79-84.

1867, ils n'ont pu permettre au Parlement d'exercer un pouvoir général sur «la paix, l'ordre et le bon gouvernement», sauf dans les situations d'urgence<sup>7</sup>.

a

Outre cette jurisprudence fondée sur une analyse des textes, des décisions de la Cour suprême soulignent l'importance de l'approche historique et téléologique. Comme la Cour l'a dit dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*:

b

Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde<sup>8</sup>.

c

d

Cette «décision historique» est probablement pertinente non seulement pour ce qui est de légitimer le contrôle judiciaire, mais aussi pour en déterminer la portée. Le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* a réaffirmé la validité de cette approche «fondée sur l'objet» adoptée par la Cour dans des décisions antérieures concernant la *Charte*<sup>9</sup>, «qui vise à déterminer l'objet de la garantie accordée par l'article 7» et à en interpréter le sens. Dans la cause *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards et autres*<sup>10</sup>, la Cour a pu déterminer l'objet de l'article 23 de la *Charte* en tenant compte de l'historique de la législation canadienne en matière linguistique. Elle a pu attribuer aux rédacteurs de la *Charte* l'intention d'outrepasser la «clause Québec», l'article 73 de la *Charte de la langue française* [L.R.Q. 1977, chap. C-11] du Québec. Un objet semblable a été attribué à l'article 23 de la *Charte*, de sorte qu'on ne pouvait pas sauver la loi provinciale en ayant recours à l'article 1 de la *Charte* canadienne. Il semble qu'on ait, en grande partie, pris connaissance d'office de cet historique de l'article 23. Il est maintenant bien connu, ce dont on peut prendre connaissance d'office, que

e

f

g

h

i

<sup>7</sup> Voir par ex. *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada* (2<sup>e</sup> édition, Toronto: Carswell 1985), aux p. 371 et 372.

<sup>8</sup> Voir note 2 à la p. 497.

<sup>9</sup> *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295.

<sup>10</sup> [1984] 2 R.C.S. 66, en particulier aux p. 79 à 84.

of section 7 or its equivalent.<sup>11</sup> What is even more relevant for present purposes is that on July 4, 1980 the Government of Canada proposed to provincial governments a draft of a forerunner to the present section 7. This draft provided in part as follows:

6. (1) Everyone has the right to life, liberty and security of his or her person and the right not to be deprived thereof except by due process of law, *which process encompasses the following*: . . . (Emphasis added.)

There then followed all or most of the rights now found in sections 8 to 14 and in addition, the following:

(b) the right to protection against arbitrary or unlawful interference with privacy.<sup>12</sup>

With the linking words as italicized above the effect would have been to express the opening words as a general principle of which the specific rights were but examples, as the word "encompasses" would normally mean to "contain". This formulation was not generally acceptable to the provinces and subsequent drafts divided up legal rights into separate sections as now found in the Charter. Given this history, it is difficult for me to conclude that it was the "purpose" of the framers to create in section 7 a general right which was to "encompass" all the other rights and which must be taken to go beyond sections 8 to 14 in guaranteeing the very same rights protected in those sections. The inclusion of a specific right of privacy having also been rejected, a doubt is raised that such a right was nevertheless intended to be included in section 7.

<sup>11</sup> See e.g. Romanow, Whyte, Leeson *Canada . . . Notwithstanding* Toronto: Carswell/Methuen, 1984, at pp. 245-246. The necessity of provincial consent for constitutional change as a matter of constitutional convention was, of course, confirmed by a majority of the Supreme Court in *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 909.

<sup>12</sup> For the text of this proposal, and subsequent texts, see McLeod, Takach, Morton, Segal, *The Canadian Charter of Rights: the prosecution and defence of criminal and other statutory offences*, Vol 2. Toronto: Carswell, 1983, at pp. A-128 ff.

lors de la rédaction de la Charte, de nombreux gouvernements provinciaux se sont opposés à toute version formulée en termes généraux de l'article 7 ou de son équivalent<sup>11</sup>. Ce qui importe encore davantage aux fins des présentes, c'est que le 4 juillet 1980, le gouvernement du Canada a proposé aux gouvernements provinciaux un avant-projet de l'article 7 actuel. Ce projet contenait le passage suivant:

6. (1) Toute personne a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et a le droit de n'en être privée que par l'application régulière de la loi *qui comprend nécessairement*: . . . (C'est moi qui souligne.)

Venaient ensuite tous ou presque tous les droits qui figurent dans les articles 8 à 14, avec, en plus:

b) le droit d'être protégé contre les immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée<sup>12</sup>.

Les mots copulatifs que nous avons soulignés ci-dessus auraient fait en sorte que les termes figurant au début du paragraphe énoncent un principe général dont les droits particuliers n'étaient que des exemples, car le verbe «comprend» devrait normalement signifier «contenir». Cette formulation n'a généralement pas été acceptée par les provinces et les avant-projets subséquents ont divisé les garanties juridiques en articles distincts, tels qu'ils se trouvent maintenant dans la Charte. Compte tenu de cet historique, il m'est difficile de conclure que c'était d'intention des rédacteurs de créer à l'article 7 un droit général qui devait «comprendre» tous les autres droits et qui est censé aller plus loin que les articles 8 à 14 en vue de garantir exactement, les mêmes droits qui sont protégés par ces articles. L'inclusion d'un droit spécifique à la vie privée ayant aussi été rejetée, il est douteux qu'on ait eu néanmoins l'intention d'inclure ce droit dans l'article 7.

<sup>11</sup> Voir par ex. Romanow, Whyte, Leeson *Canada . . . Notwithstanding* Toronto: Carswell/Methuen, 1984, aux p. 245-246. La nécessité de l'assentiment des provinces au changement constitutionnel dans le cadre de la convention constitutionnelle a été évidemment confirmée par la Cour suprême à la majorité dans *Résolution pour modifier la Constitution, Renvoi*, [1981] R.C.S. 753, à la p. 909.

<sup>12</sup> Pour connaître le texte de cette proposition et les textes subséquents, voir l'ouvrage de McLeod, Takach, Morton, Segal, intitulé *The Canadian Charter of Rights: the prosecution and defence of criminal and other statutory offences*, Vol. 2: Carswell, Toronto, 1983, aux p. A-128 et suivantes.

Considering the text, the history, and the apparent purpose of dividing these sections, I must presume that *prima facie* the separate sections deal with separate things. As in the interpretation of any document, where separate sections or paragraphs potentially overlap each other, one must try to find a way of reading them together so that both can be given some meaning, as Le Dain J. did in the *Therens* case in respect of subsections 24(1) and (2) of the Charter.<sup>13</sup> Thus, in reading sections 7 and 8 together, I would not assume that, because section 8 protects against “unreasonable search or seizure”, section 7 nevertheless protects against, for example, “reasonable search or seizure”; or in reading sections 7 and 12 together I would not assume that because section 12 prohibits “cruel and unusual treatment or punishment” section 7 nevertheless prohibits, for example, “humane and usual treatment or punishment”. To do so would make sections 8 and 12 pointless. As Le Dain J. said in the *Therens* case, in rejecting the argument that subsection 24(1) permitted the exclusion of evidence in any appropriate case even though the requirements of subsection 24(2) had not been met:

The framers of the *Charter* could not have intended that the explicit and deliberately adopted limitation in s. 24(2) on the power to exclude evidence because of an infringement or denial of a guaranteed right of freedom should be undermined or circumvented in such a manner.<sup>14</sup>

Therefore it appears to me that there is no simple formula for relating section 7 to sections 8 to 14. Instead it is necessary that in each case one examine section 7 and other sections which appear to be relevant and try to give each of them a distinct meaning.<sup>15</sup> It may be that in some cases section 7 may provide certain procedural guarantees as to how other legal rights may be denied. It may be that section 7 may supplement the other legal rights in other ways. Much depends on the particular language chosen by the framers with

<sup>13</sup> *Supra* note 4.

<sup>14</sup> *Ibid.*, at p. 648.

<sup>15</sup> The Supreme Court has elsewhere adopted this approach in Charter interpretation: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 365-366; and in constitutional interpretation generally: *The Queen v. Beauregard*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 80-81.

Considérant le texte, l'historique et l'intention manifeste de diviser ces articles, je dois présumer que de prime abord, chacun d'eux porte sur des sujets différents. Comme lorsqu'on interprète tout document où des articles ou paragraphes distincts peuvent se chevaucher, il faut chercher un moyen de les lire ensemble afin que les deux puissent avoir une certaine signification, comme l'a fait le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* au sujet des paragraphes 24(1) et (2) de la Charte<sup>13</sup>. Ainsi, en lisant les articles 7 et 8 ensemble, je ne présumerais pas que, parce que l'article 8 protège toute personne contre «des fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives», l'article 7 constitue néanmoins une protection par exemple contre «les fouilles ou saisies raisonnables»; et en lisant les articles 7 et 12 ensemble, je ne présumerais pas que, parce que l'article 12 interdit «tous traitements ou peine cruels et inusités», l'article 7 interdit néanmoins [TRADUCTION] «les traitements ou peines usuels et humanitaires». De telles présomptions rendraient les articles 8 et 12 vides de sens. Comme l'a dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*, en rejetant l'argument selon lequel le paragraphe 24(1) permettait d'exclure les éléments de preuve dans toute affaire appropriée, même lorsque les exigences du paragraphe 24(2) n'ont pas été remplies:

Les rédacteurs de la *Charte* n'ont pu vouloir que la restriction explicite et délibérément adoptée qu'impose le par. 24(2) au pouvoir d'écarter des éléments de preuve en raison d'une atteinte à un droit ou à une liberté garantis soit ainsi minée ou contournée<sup>14</sup>.

Il me semble donc qu'il n'existe pas de formule simple pour établir un rapport entre l'article 7 et les articles 8 à 14. Il faut plutôt, dans chaque cas, examiner l'article 7 et les autres articles qui semblent pertinents, et tenter de donner à chacun d'eux un sens différent<sup>15</sup>. Il se peut que dans certains cas, l'article 7 offre certaines garanties en matière de procédure quant à la façon dont d'autres garanties juridiques peuvent être violées. Il se peut que l'article 7 supplée aux autres garanties juridiques par d'autres moyens. Cela dépend beau-

<sup>13</sup> Voir note 4.

<sup>14</sup> *Ibid.*, à la p. 648.

<sup>15</sup> La Cour suprême a déjà suivi cette méthode en interprétant la Charte: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, aux p. 365 et 366; et en interprétant des questions constitutionnelles de façon générale: *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, aux p. 80 et 81.

respect to each legal right.

With respect to the cases before me, it is my view that each involves a "search". *Black's Law Dictionary*, 5th edition (1979) defines "search" as:

[a]n examination of a man's house or other buildings or premises, or of his person . . . with a view to the discovery of contraband or illicit or stolen property, or some evidence of guilt to be used in the prosecution of a criminal action for some crime or offense with which he is charged.

It will be noted that this definition contemplates searches of both premises and persons.<sup>16</sup> While it refers only to discovering evidence of guilt for purposes of prosecution, I believe it is validly applicable to the searches in question here. In part, of course, the examinations here are for the purpose of disclosing articles or activities forbidden by the prison regulations, in respect of which disciplinary charges may be laid. In part they are for the purpose of ensuring the safe custody of inmates in accordance with the law. They all involve the mandatory examination by public officers of premises, persons, and activities for purposes of law enforcement and in my view therefore constitute "searches".

Section 8 of the Charter deals with a "search or seizure". This section also contains its own modifier, precluding only "unreasonable" searches or seizures. The Supreme Court in *Hunter et al. v. Southam Inc.*<sup>17</sup> has held that the test of what is "unreasonable" involves an assessment of the respective interests of individuals and of the state which assessment may lead to certain conclusions as to permissible grounds and procedures for the conduct of searches. In the present cases, I am, like the Ontario Court of Appeal in *Regina v. Noble*,<sup>18</sup> unable to see how if the searches in question meet the tests of section 8 they could nevertheless be prohibited by section 7.

<sup>16</sup> That searches of the person are covered by section 8 of the Charter was assumed in the *Collins* case, *supra* note 6.

<sup>17</sup> *Supra* note 9.

<sup>18</sup> (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.), at p. 659. See also *R. v. Yellowquill*, [1984] 12 W.C.B. 9 (Man. Q.B.).

coup de la formulation choisie par les rédacteurs à l'égard de chaque garantie juridique.

Pour ce qui est des cas qui me sont soumis, j'estime que chacun d'eux comporte une «fouille ou perquisition». Le *Black's Law Dictionary*, 5<sup>e</sup> édition (1979) définit la «fouille ou perquisition» (*search*) comme:

*b* [TRADUCTION] une inspection de la maison ou d'autres immeubles ou locaux d'un homme ou de sa personne . . . en vue de trouver de la contrebande ou des biens illicites ou volés, ou des preuves de culpabilité devant servir à une poursuite criminelle pour un crime ou une infraction dont il est accusé.

*c* Il faut noter que cette définition vise les fouilles des lieux et des personnes<sup>16</sup>. Certes, il s'agit simplement de la recherche de preuves de culpabilité en vue de poursuites judiciaires, mais je crois que cela s'applique également aux fouilles dont il est ici question. En partie, bien sûr, les inspections en l'espèce visent à déceler des choses ou des activités interdites par les règles de la prison et à l'égard desquelles des accusations disciplinaires peuvent être portées. Elles ont en partie pour objet d'assurer la garde des détenus en toute sécurité et conformément à la loi. Tout cela comporte l'examen obligatoire, par des fonctionnaires, de locaux, de personnes et d'activités dans le but de faire observer la loi et à mon avis, ce sont là des «fouilles».

L'article 8 de la Charte traite de «fouilles, perquisitions ou saisies». Cet article contient aussi son propre modificateur en interdisant seulement les fouilles, perquisitions ou saisies «abusives». Dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*<sup>17</sup> la Cour suprême, a statué que pour savoir ce qui est «abusif», il faut examiner les intérêts respectifs des particuliers et de l'État, examen qui peut conduire à certaines conclusions quant aux motifs et procédures permis pour la conduite des fouilles. En l'espèce, je n'arrive pas, comme la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Regina v. Noble*<sup>18</sup>, à voir comment les fouilles en question pourraient être interdites par l'article 7 si elles sont conformes aux exigences de l'article 8.

<sup>16</sup> On a présumé dans l'affaire *Collins* que les fouilles de la personne sont couvertes par l'article 8 de la Charte, voir note 6.

<sup>17</sup> Voir note 9.

<sup>18</sup> (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.), à la p. 659. Voir aussi *R. v. Yellowquill*, [1984] 12 W.C.B. 9 (B.R. Man.).

In coming to this conclusion I would simply affirm that I accept without difficulty the argument of counsel that searches of the person or his living quarters, in circumstances which constitute an invasion of normal privacy, is an infringement of his "security" and therefore potentially within the scope of section 7. But reading sections 7 and 8 together, I am unable to conclude that the framers intended to preclude by section 7 searches of this nature not precluded by section 8. It is tempting to accept the arguments on behalf of the inmates that there is some abstract right of "privacy" which must be protected somewhere in the Charter. But what is in issue here is a particular form of intrusion on privacy, namely through searches by officers for the purpose of maintaining security in prison institutions. The plaintiffs and applicant did not seriously dispute the necessity for body searches and surveillance of cells. We are not dealing with intrusions stemming from idle curiosity or officious excess of authority. We are dealing with purposeful inspections of persons and premises in the interest of security and such actions must, I think, be taken to be within the meaning of a "search" as specifically dealt with by the framers of the Charter in the particular language of section 8. To be sure, as held in the *Hunter* case, it is a particular kind of privacy interest which section 8 recognizes and protects from a particular form of intrusion. A regime is established for testing that particular kind of intrusion and I think by implication other tests under the Charter are thereby precluded.

I therefore find that section 7 is not applicable to these cases.

#### Charter, section 8

Weatherall invokes section 8 to attack the Regulations and Commissioner's Directives, on the basis that they do not impose conditions precedent for strip-searches (such as probable cause to believe the inmate in question is carrying something prohibited, and prior authorization); and on the basis that they are carried out in an unreasonable manner because they do not adequately restrict or prevent strip searches of male inmates being conducted in the presence of a female officer. While counsel for Conway and Spearman did

En tirant cette conclusion, j'affirme simplement que j'accepte d'emblée la thèse des avocats selon laquelle les fouilles d'une personne ou de son lieu de résidence, dans des circonstances qui constituent une atteinte à sa vie privée normale, sont une violation de sa «sécurité» et peuvent par conséquent être visées par l'article 7. Mais en lisant les articles 7 et 8 ensemble, je ne puis conclure que les rédacteurs ont voulu interdire, à l'article 7, des fouilles de cette nature qui ne seraient pas interdites par l'article 8. Il est tentant d'accepter les arguments énoncés au nom des détenus et selon lesquels il existe un droit abstrait à «la vie privée» qui doit bien être protégé quelque part dans la Charte. Mais ce qui fait l'objet du présent litige, c'est une forme particulière d'intrusion dans la vie privée, soit lorsque des gardiens procèdent à des fouilles en vue d'assurer la sécurité dans les prisons. Les demandeurs et le requérant n'ont pas vraiment contesté la nécessité des fouilles corporelles et de la surveillance des cellules. Il n'est pas ici question d'intrusions suscitées par simple curiosité ou par un excès de zèle ou d'autorité. Il s'agit plutôt d'inspections réfléchies de personnes et de lieux faites dans l'intérêt de la sécurité, et à mon avis, ces actes doivent être interprétés comme une «fouille» suivant le sens précis que les rédacteurs de la Charte ont donné à ce terme en formulant l'article 8. Certes, comme il a été décidé dans l'affaire *Hunter*, c'est une forme particulière de droit à la vie privée que l'article 8 reconnaît et protège contre une forme particulière d'intrusion. Un système établi permet de vérifier cette forme particulière d'intrusion et j'en déduis que les autres vérifications, fondées sur la Charte, sont à rejeter.

Je considère par conséquent que l'article 7 ne s'applique pas à ces cas.

#### Article 8 de la Charte

Weatherall cite l'article 8 pour attaquer le Règlement et les directives du commissaire, parce qu'ils n'imposent pas de conditions préalables pour les fouilles à nu (comme par exemple une raison probable de croire que le détenu en question transporte une chose interdite, et une autorisation préalable); et parce qu'ils sont appliqués de façon abusive, étant donné qu'ils n'interdisent pas adéquatement ou complètement la fouille à nu d'un détenu mâle en la présence d'une gardienne. L'avocat de Conway et de Spearman ne s'est pas

not rely much on section 8, he did adopt it as an alternative to his argument based on section 7 with respect to the right of privacy. As I have indicated above, in my view the only relevant privacy protection here is that provided under section 8, which is thus potentially available in both these cases as a basis upon which Conway and Spearman can seek to have searches treated as “unlawful”. As I understand the pleadings and materials in these two cases, the plaintiff Conway and the applicant Spearman are not challenging the conditions precedent laid down in the Regulations and the Commissioner’s Directives for a search to be launched—either frisk searching or the surveillance of cells. Rather, they contend that such searches are carried out in an unreasonable way if they are “cross-gender”, that is involving a female guard searching the person, or examining the occupied cell, of a male inmate. (I adopt as a matter of convenience, without regard to etymology, the parties’ use of “gender” to designate “sex” in this context.) As a result, I need consider the adequacy of pre-conditions only in relation to skin searches.

I take as definitive of section 8 requirements a recent statement of the Supreme Court in *R. v. Collins*.<sup>19</sup>

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

(a) *Pre-conditions for searches*

I shall consider first the question of conditions precedent for the conduct of a strip search, as raised by Weatherall in relation to section 8. This relates to the existence of authority under, and the reasonability of, the law on which it was based. Counsel for Weatherall contended that for a search to be “reasonable” within the contemplation of section 8 of the Charter “there is required an actual and reasonable belief that grounds exist that would justify a search or seizure for a purpose permitted by law.” In support of this he cited the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v.*

<sup>19</sup> *Supra* note 6, Lamer J., at p. 278.

beaucoup appuyé sur l’article 8, mais il l’a cité pour étayer son argument fondé sur l’article 7 au sujet du droit à la vie privée. Comme je l’ai déjà dit, à mon avis, la seule protection pertinente de la vie privée en l’espèce est celle que donne l’article 8, protection sur laquelle Conway et Spearman pourraient s’appuyer pour faire déclarer les fouilles «illégalles». Si je comprends bien les actes de procédure et autres documents déposés dans ces deux affaires, le demandeur Conway et le requérant Spearman ne contestent pas les conditions préalables énoncées dans le Règlement et dans les directives du commissaire pour permettre les fouilles par palpation ou la surveillance des cellules. Ils soutiennent plutôt que ces fouilles sont faites de façon abusive si elles [TRADUCTION] «sont effectuées par une personne du sexe opposé (*cross-gender*)», c’est-à-dire lorsqu’une gardienne fouille un détenu du sexe masculin ou examine sa cellule. (Pour fins de commodité, j’adopte, sans égard à l’étymologie, l’emploi que font les parties, dans la version anglaise, du mot «*gender*» pour désigner le «sexe» dans ce contexte.) Par conséquent, je n’ai besoin de considérer la pertinence des conditions préalables que par rapport aux fouilles à nu.

J’estime que les exigences de l’article 8 sont fixées de façon définitive par un extrait d’un arrêt récent de la Cour suprême, *R. c. Collins*.<sup>19</sup>

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n’a rien d’abusif et si la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive.

g

a) *Conditions préalables des fouilles*

J’examinerai d’abord la question des conditions préalables pour la conduite d’une fouille à nu, dont a fait mention Weatherall en rapport avec l’article 8. Cette question a trait aux dispositions habilitantes et au caractère raisonnable de la loi sur laquelle on se fondait pour procéder à une telle fouille. L’avocat de Weatherall soutient que pour qu’une fouille soit «raisonnable» dans l’optique de l’article 8 de la Charte [TRADUCTION] «il doit y avoir un motif réel et raisonnable de croire que des raisons existent qui justifieraient une fouille ou une saisie pour une fin permise par la loi.» À l’appui de

<sup>19</sup> Voir note 6, juge Lamer, à la p. 278.

*Rao*.<sup>20</sup> As to prior authorization, he argued on the basis of *Hunter et al. v. Southam Inc.*<sup>21</sup> that a “warrantless search is *prima facie* unreasonable”: it was therefore contended that there should be “prior authorization” for a strip search of any inmate, although it was not made clear what kind of authorization is necessary—whether that of a court in the form of a warrant or that of a senior officer in the institution. It appeared from argument that what was really contemplated was prior authorization from a senior officer.

I have examined the cases relied on by counsel and I am not satisfied that they are authority for any absolute pre-conditions in the context of strip searching of inmates. With respect to the requirement of reasonable and probable grounds for a search, it was said in *Rao* that if the section in question were to be interpreted to authorize a warrantless search:

without requiring a belief in the existence of reasonable grounds for the search, it would, on its face, be clearly unreasonable, and hence unconstitutional.<sup>22</sup>

It must be noted, however, that this statement was *obiter dicta*, and was made in the context of a case involving the search without warrant of an office. The Court likened the “legitimate expectation of privacy” in respect of an office to that prevailing in respect of one’s home.<sup>23</sup> With respect to the requirement of prior authority, the *Rao* case noted that there could be circumstances in which even the search of an office without warrant would be reasonable, and also distinguished between the search of fixed locations (where it is usually possible to get a warrant in time) and the search of moving objects such as vehicles, vessels or aircraft.<sup>24</sup> While the Supreme Court in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, a case also involving a search of an office, held the search to be unreasonable because the prior authorization was not adequate,

<sup>20</sup> (1984), 40 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.) especially at pp. 15-16.

<sup>21</sup> *Supra* note 9.

<sup>22</sup> *Supra* note 20.

<sup>23</sup> *Ibid.*, at p. 32.

<sup>24</sup> *Ibid.*, at p. 35.

son argument, il cite une décision de la Cour d’appel de l’Ontario *R. v. Rao*<sup>20</sup>. Pour ce qui est de l’autorisation préalable, il soutient, en se fondant sur l’affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*<sup>21</sup>, «qu’une perquisition sans mandat est à première vue abusive»: il a donc prétendu qu’il devrait y avoir une «autorisation préalable» pour la fouille à nu de tout détenu, mais sans préciser si cette autorisation devait provenir d’un tribunal, sous la forme d’un mandat, ou d’un agent principal de l’établissement. D’après l’argumentation, il semble qu’on envisageait en fait l’autorisation préalable d’un agent principal.

J’ai examiné les affaires invoquées par l’avocat et je ne suis pas convaincu qu’elles constituent une autorité sur laquelle on se peut fonder pour exiger de façon absolue des conditions préalables dans le contexte de la fouille à nu de détenus. Pour ce qui est de l’exigence de motifs probables et raisonnables de procéder à une fouille, il a été dit dans l’affaire *Rao*, que si l’article en question devait être interprété de façon à autoriser une fouille sans mandat:

[TRADUCTION] sans exiger une raison de croire en l’existence de motifs raisonnables de faire la fouille, celle-ci serait, à première vue clairement abusive et par conséquent inconstitutionnelle<sup>22</sup>.

Il convient cependant de noter qu’il s’agissait là d’une opinion incidente émise dans le contexte d’une cause concernant la perquisition sans mandat d’un bureau. Le tribunal a assimilé [TRADUCTION] «l’expectative légitime en matière de vie privée» dans le cas d’un bureau à celle qui existe dans le cas du foyer d’une personne<sup>23</sup>. Pour ce qui est de l’exigence d’une autorisation préalable, on a fait remarquer, dans l’arrêt *Rao*, qu’il pourrait y avoir des circonstances où même la perquisition d’un bureau sans mandat serait raisonnable, et on a aussi fait une distinction entre la fouille d’un endroit fixe (où il est ordinairement possible d’obtenir un mandat à temps) et la fouille d’objets mobiles tels que véhicules, navires et avions<sup>24</sup>. Dans l’affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, qui portait également sur la fouille d’un bureau, la

<sup>20</sup> (1984), 40 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), spécialement aux p. 15 et 16.

<sup>21</sup> Voir note 9.

<sup>22</sup> Voir note 20.

<sup>23</sup> *Ibid.*, à la p. 32.

<sup>24</sup> *Ibid.*, à la p. 35.



it also recognized that prior authorization is not an absolute requirement. In the first place, the Court emphasized that the guarantee in section 8 from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. It said that in a particular situation an assessment must be made as to whether the individual's interest in being left alone is outweighed by the government's interest in intruding on privacy. Further, it was recognized that "it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization" but that "where it is feasible to obtain prior authorization . . . such authorization is a pre-condition for a valid search and seizure".<sup>25</sup> Thus there is an element of relativity which must enter into any decision here as to the prerequisites for the particular situation of a skin search of an inmate in a correctional institution.

I am satisfied that searches of inmates do not require warrants. Prisoners are mobile, and the evidence of prison officers indicated that with the passage of any appreciable time or the movement of inmates, even under surveillance, they are often able to get rid of contraband. This points up the urgency of such searches. Further, it is not reasonable to equate the expectation of privacy in a home or office with that in a prison.

There is some Canadian jurisprudence to the effect that skin searches in remand centres, conducted without any special prior authority or without reasonable and probable belief that the individual to be searched is carrying prohibited matter, do not violate section 8. In *Re Maltby et al. and The Attorney-General of Saskatchewan et al.*<sup>26</sup> the Court upheld routine strip searches after "contact" visits (that is, visits such as the one here in which Weatherall participated where there is no physical barrier to a visitor passing items to an inmate). In *Soenen v. Dir. of Edmonton Remand*

Cour suprême a statué que la fouille était abusive parce que l'autorisation préalable n'était pas adéquate, mais elle a aussi reconnu qu'une autorisation préalable n'était pas une exigence absolue. Tout d'abord, la Cour a souligné que la garantie donnée par l'article 8 contre les fouilles ou saisies abusives, ne vise qu'une attente raisonnable. Elle a dit que dans une situation donnée, il faut déterminer si le droit d'un particulier de ne pas être importuné doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans sa vie privée. La Cour a en outre reconnu qu'il «n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable» mais «qu'une telle autorisation, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie»<sup>25</sup>. Il y a donc un élément de relativité dont il faut tenir compte dans toute décision portant, comme en l'espèce, sur les conditions préalables d'une fouille à nu d'un détenu dans un établissement correctionnel.

Je suis convaincu que les fouilles de détenus n'exigent pas de mandats. Les prisonniers sont mobiles et les témoignages de gardiens de prisons ont montré qu'après un laps de temps appréciable, ou avec le déplacement de détenus, même sous surveillance, ceux-ci arrivent souvent à se départir de contrebande. Cela fait ressortir l'urgence de ces fouilles. En outre, il n'est pas raisonnable d'établir un parallèle entre la vie privée recherchée dans une maison ou un bureau avec celle à laquelle on peut s'attendre dans une prison.

Selon certains arrêts de jurisprudence canadiens, des fouilles à nu, faites dans des centres de détention provisoire, sans autorisation spéciale préalable ou sans motif raisonnable et probable de croire que la personne fouillée transporte des choses interdites ne violent pas l'article 8. Dans l'affaire *Re Maltby et al. and The Attorney-General of Saskatchewan et al.*<sup>26</sup>, le tribunal a confirmé la validité des fouilles à nu de routine après des «visites-contacts» (c'est-à-dire des visites comme celle que Weatherall a reçue et où il n'existait aucune barrière physique empêchant un

<sup>25</sup> *Supra* note 9, at p. 161.

<sup>26</sup> (1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (Sask. Q.B.), aff'd (1984), 13 C.C.C. (3d) 308 (Sask. C.A.).

<sup>25</sup> Voir note 9, à la p. 161.

<sup>26</sup> (1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (B.R. Sask.), confirmée par (1984), 13 C.C.C. (3d) 308 (C.A. Sask.).

*Centre*<sup>27</sup> the Court upheld, as not violating section 8, strip searches at a Remand Centre involving a visual examination of the rectal area "provided that the visual search is conducted *bona fide* in a search for weapons or contraband and not for the purpose of punishment", even in the absence of reasonable and probable cause to believe that the particular prisoner being examined was concealing such an object on his person. Such searches were apparently conducted fairly routinely where staff members were looking for missing objects which might be turned into weapons.

There is also strong authority in U.S. jurisprudence that similar searches in prisons there do not violate the Fourth Amendment which provides that:

[t]he right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated . . .

In the leading case, *Bell v. Wolfish*<sup>28</sup> the Supreme Court of the United States upheld strip searches, with visual inspection of body cavities, as conducted routinely in a pre-trial detention centre after every contact visit. The Court seems to have put some stress on the particular problems of security in a pre-trial detention centre. It also recognized that while there had only been one instance where an inmate was discovered attempting to smuggle contraband on his person into that institution, this tended to show the effectiveness of the search programme as a deterrent. The Court seems to have accepted the deterrent as a justification for searches, and this of course by implication refutes the need for reasonable and probable cause to suspect that any particular prisoner searched is concealing contraband.

While there may be some differences between what is justifiable in a remand centre, and in long-term imprisonment situations, the evidence satisfies me that a convicted inmate cannot reasonably expect anything like the respect for privacy in respect of bodily searches that a non-inmate would normally be entitled to expect: that is, one of the

<sup>27</sup> (1983), 35 C.R. (3d) 206, at p. 223; 3 D.L.R. (4th) 658 (Alta. Q.B.), at p. 673.

<sup>28</sup> 441 U.S. 520 (1979), at pp. 558-560.

visiteur de passer des choses à un détenu). Dans l'affaire *Soenen v. Dir. of Edmonton Remand Centre*<sup>27</sup>, le tribunal a décidé que les fouilles à nu faites dans un centre de détention provisoire et comportant un examen visuel de la région rectale ne violaient pas l'article 8, [TRADUCTION] «pourvu que la fouille visuelle soit faite de bonne foi à la recherche d'armes ou de contrebande, et non dans le but de punir», même en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire que le prisonnier examiné cachait un tel objet sur sa personne. Ces fouilles sont effectuées apparemment assez couramment lorsque les gardiens sont à la recherche d'objets disparus qui pourraient servir à la fabrication d'armes.

Il existe aussi des causes de jurisprudence américaine disant clairement que des fouilles semblables dans les prisons ne violent pas le Quatrième Amendement qui prévoit que:

[TRADUCTION] le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé . . .

Dans l'arrêt faisant autorité, *Bell v. Wolfish*<sup>28</sup>, la Cour suprême des États-Unis a confirmé la validité des fouilles à nu comportant une inspection visuelle des orifices du corps, effectuées de façon courante dans un centre de détention provisoire après chaque visite-contact. La Cour semble avoir accordé beaucoup d'importance aux problèmes de sécurité dans un centre de détention ou les détenus attendent leur procès. Elle a aussi reconnu que même s'il n'y a eu qu'un seul cas où un détenu a essayé de faire de la contrebande dans l'établissement, cela tendait à prouver l'efficacité des fouilles comme moyen de dissuasion. La Cour semble avoir admis la dissuasion pour justifier les fouilles et, bien sûr, cela élimine implicitement la nécessité d'un motif raisonnable et probable de soupçonner qu'un prisonnier fouillé cache de la contrebande.

Sans doute y a-t-il certaines différences entre ce qui est justifiable dans un centre de détention provisoire et dans les cas d'une longue peine d'emprisonnement, mais la preuve me convainc qu'un détenu condamné ne peut pas raisonnablement s'attendre à ce qu'on respecte sa vie privée, lors de fouilles corporelles, ce que toute autre personne

<sup>27</sup> (1983), 35 C.R. (3d) 206, à la p. 223; 3 D.L.R. (4th) 658 (B.R. Alb.), à la p. 673.

<sup>28</sup> 441 U.S. 520 (1979), aux p. 558 à 560.

limitations on his normal rights implicit in conviction and imprisonment is his subjection to searches of his person for the protection of security and good order of the institution and its inmates. Nevertheless, such searches should be subject to some control to ensure that they are truly used for the purposes which justify this infringement of normal human rights. I have concluded that while there is a place for routine skin searches without the need for prior authorization specific to that search, and without the need for showing reasonable and probable cause to suspect the particular inmate searched to be concealing some forbidden item, the circumstances in which such routine searches are authorized should be laid down by Regulation. Such rules will have to be, in themselves, reasonable in identifying situations in which, by reason of probability of, or opportunity for, concealment of contraband, or the need for deterrence of smuggling, a routine strip search is justified in the public interest. As for non-routine searches, I can see no reason why there should not also be some legal rules providing for such situations. There might be, for example, a rule providing that, in case of an immediate and specific security or enforcement problem, a general skin search could be conducted of all or a certain group of inmates. This could arise, for example, where an inmate has been stabbed in a cell block and it is thought necessary to skin search all inmates there for the weapon. But where, apart from such routine or general skin searches, individual inmates are to be skin searched, there should be a rule requiring those conducting the search to have reasonable and probable cause for believing that the inmate in question is concealing some prohibited matter on his person. Where time or circumstances do not permit those conducting non-routine searches to obtain authority from a superior officer, there should be some meaningful requirement of review by such superior officer after the event. The evidence as to post-search reviews at Joyceville does not suggest to me that they were likely to be effective in deterring unjustified searches.

peut normalement espérer: c'est-à-dire que l'une des restrictions à ses droits normaux, qui découle implicitement de sa condamnation et de son emprisonnement, fait en sorte qu'il doit se soumettre à des fouilles sur sa personne pour assurer la sécurité et le bon ordre de l'établissement et de ses détenus. Ces fouilles devraient néanmoins être l'objet d'un certain contrôle afin qu'elles soient vraiment utilisées pour les fins qui justifient cette atteinte aux droits normalement reconnus à toute personne. J'ai conclu que si on peut admettre des fouilles à nu de routine sans qu'il soit nécessaire d'obtenir au préalable une autorisation spécifique, et sans qu'il soit nécessaire de fournir un motif raisonnable et probable de soupçonner que le détenu fouillé pourrait dissimuler quelque objet interdit, les circonstances dans lesquelles ces fouilles de routine sont autorisées devraient être prévues par règlement. Il faudra adopter des règles raisonnables pour définir les situations où, en raison de la probabilité ou de la possibilité qu'il y ait dissimulation de contrebande, ou bien en raison du besoin de décourager la contrebande, une fouille à nu de routine est justifiée dans l'intérêt public. Pour ce qui est des fouilles non courantes, je ne vois pas pourquoi il n'y aurait pas aussi des règles juridiques régissant ces situations. Il pourrait y avoir, par exemple, une règle prévoyant que, lorsque survient un problème urgent et précis de sécurité ou d'action coercitive, tous les détenus ou certains d'entre eux peuvent faire l'objet d'une fouille à nu générale. Cela pourrait arriver, par exemple, quand un détenu a été poignardé dans un pavillon cellulaire et qu'il est jugé nécessaire de procéder à une fouille à nu de tous les détenus de ce pavillon pour trouver l'arme du crime. Mais quand, mises à part ces fouilles à nu générales ou de routine, certains détenus en particulier doivent être fouillés à nu, il devrait y avoir une règle obligeant ceux qui font cette fouille à avoir un motif raisonnable et probable de croire que le détenu en question cache des choses interdites sur sa personne. Lorsque le temps ou les circonstances ne permettent pas à ceux qui mènent une fouille non courante d'obtenir l'autorisation d'un agent principal, il faudrait que cet agent procède à un examen des cas après le fait. Les témoignages concernant les examens effectués après les fouilles à Joyceville ne me portent pas à croire qu'ils pouvaient contribuer efficacement à empêcher les fouilles injustifiées.

In short, it is my view that skin searches (but not frisk searches) are so intrusive of human dignity and privacy that there must be some criteria laid down for their use: with respect to defining circumstances where routine individual searches, non-routine general searches, and non-routine individual searches are justified; and with respect to requiring that reasonable and probable cause be demonstrated to a superior officer either before or after all non-routine searches. The Rules in existence at the time of the search of Weatherall clearly do not meet these requirements. Paragraph 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations* provides as follows:

41. ...

(2) Subject to subsection (3), any member may search

(c) any inmate or inmates, where a member considers such action reasonable to detect the presence of contraband or to maintain the good order of an institution; ... [Emphasis added.]

For reasons which I will elaborate later, I consider this to be the critical provision because only it has the force of law and the lawfulness of any search would have to be tested against it and not against the Commissioner's Directives. This regulation does not establish a sufficiently objective precondition for any search. It purports to permit a search where the staff "member considers such action reasonable" to detect contraband or to maintain good order. For the reasons stated above, I think the rules must be more precise.

The situation might still be defensible at least in part if the regulations had adopted by reference such criteria as are provided in the Commissioner's Directives, but it does not do so. The Commissioner's Directive applicable at the time in question, 800-2-07.1, provides as follows:

12. Subject to paragraph 10., a member may strip search any inmate:

- a. immediately prior to leaving and on return to an institution;
- b. immediately prior to entering and on leaving the open visiting area of an institution;
- c. on leaving and entering a dissociation area, except when the inmate has immediately been searched as in b. above; and

Bref, à mon avis, les fouilles à nu (mais non les fouilles par palpation) constituent une telle atteinte à la dignité humaine et à la vie privée, qu'il devrait y avoir des critères régissant leur utilisation: ces critères devraient définir les circonstances où les fouilles individuelles de routine, les fouilles générales non courantes et les fouilles individuelles non courantes sont justifiées; et ils devraient prévoir qu'il faudrait prouver à un agent principal, avant ou après les fouilles non courantes, qu'il existe un motif raisonnable et probable de procéder à de telles fouilles. Les Règles en vigueur au moment de la fouille de Weatherall ne répondent pas, de toute évidence, à ces exigences. L'alinéa 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers* prévoit:

41. ...

(2) Sous réserve du paragraphe (3), un membre peut fouiller

c) un détenu ou des détenus, lorsqu'un membre considère une telle mesure raisonnable et nécessaire pour déceler la présence de contrebande ou pour assurer le bon ordre au sein d'une institution; ... [C'est moi qui souligne.]

Pour des raisons que j'examinerai en détail plus tard, j'estime que cette disposition est déterminante, car elle seule a force de loi et la légalité de toute fouille devra être vérifiée à la lumière de ladite disposition et non des directives du commissaire. Ce règlement n'établit pas une condition préalable assez objective pour toute fouille. Il vise à autoriser une fouille quand un «membre (du personnel) considère une telle mesure raisonnable et nécessaire» pour déceler de la contrebande ou pour maintenir le bon ordre. Pour les raisons susmentionnées, je pense que les règles doivent être plus précises.

La situation pourrait toujours s'expliquer, au moins en partie, si le règlement avait adopté par référence des critères comme ceux qui sont prévus dans les directives du commissaire, mais tel n'est pas le cas. La directive du commissaire 800-2-07.1 applicable à l'époque en question prévoit:

12. Sous réserve du paragraphe 10., tout détenu peut être soumis à une fouille à nu par un membre:

- a. immédiatement avant de quitter l'établissement et à son retour;
- b. immédiatement avant d'entrer dans l'aire ouverte des visites d'un établissement et au moment de la quitter;
- c. au moment de quitter un secteur d'isolement et d'y entrer, sauf s'il vient d'être fouillé en vertu du paragraphe b. ci-dessus et,

d. on leaving work areas.

As I understand it, paragraph b. as it appears in this section would cover the situation in which Weatherall found himself, namely leaving an open visiting area. But as Directives cannot be seen as having legal force they do not constitute legal requirements which would make the search power provided in the Regulations a reasonable one within the meaning of section 8 of the Charter. This is without regard to the possible application of section 1 of the Charter. As the Supreme Court said in *Hunter et al. v. Southam Inc.*,<sup>29</sup> "It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional." The Court in that case refused to "read down" or "read in" so as to provide implied criteria which Parliament had not itself provided in respect of searches conducted under section 10 of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23]. So also here I am not prepared to read into paragraph 41(2)(c) of the Regulations the necessary criteria. It may also be noted that section 12 of the Commissioner's Directive is silent on the matter of criteria for other uses of skin searches not of the nature described therein.

#### (b) Manner of Conducting Search

The remaining issue under section 8 is that of the reasonability of the manner in which a search, otherwise properly authorized, is carried out. The issue in each of the three cases is as to whether "cross-gender" searches are reasonable in this sense. All three cases involve searches of the person and the Conway case also involves the "search", through surveillance, of occupied cells.

I accept, as was noted in the *Collins* case<sup>30</sup> that for a search to be "reasonable" it must not only be based on the existence of certain conditions precedent but must also be carried out in a reasonable manner. Reasonability in execution includes, in my view, respect for normal standards of public decen-

<sup>29</sup> *Supra* note 9, at p. 169.

<sup>30</sup> *Supra* note 6; see also *R. v. Rao*, *supra* note 20, at p. 15.

d. au moment de quitter un secteur de travail.

À mon sens, le paragraphe b. de cet article vise la situation dans laquelle Weatherall s'est trouvé, alors qu'il quittait une aire ouverte des visites. Mais comme les directives ne peuvent être considérées comme ayant force de loi, elles ne constituent pas des exigences légales grâce auxquelles le pouvoir d'effectuer une fouille prévu dans le Règlement aurait un caractère raisonnable au sens de l'article 8 de la Charte. Cela ne concerne pas l'application possible de l'article 1 de la Charte. Comme l'a affirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*<sup>29</sup>, «il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives». La Cour a refusé, dans ce cas, de donner une interprétation large ou atténuée aux dispositions de la loi de façon à établir des critères implicites que le législateur n'avait pas lui-même prévus à l'égard des fouilles effectuées en vertu de l'article 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, chap. C-23]. Je ne suis pas non plus disposé à conclure que l'alinéa 41(2)c) du Règlement fournit les critères nécessaires. On peut aussi remarquer que l'article 12 des directives du commissaire ne dit rien sur la question des critères pour les fouilles à nu qui ne sont pas de la nature de celle qui y est décrite.

#### b) Manière d'effectuer une fouille

L'autre question à examiner dans le cadre de l'article 8 est celle du caractère raisonnable de la façon dont se fait une fouille par ailleurs dûment autorisée. Dans chacun des trois cas, la question est de savoir si les fouilles d'un détenu par une «personne de sexe différent» sont raisonnables. Les trois cas comportent une fouille de la personne et dans l'affaire Conway, il y a également eu une «perquisition», par surveillance, de cellules occupées.

J'accepte, comme on l'a noté dans l'affaire *Collins*<sup>30</sup>, que pour qu'une fouille soit «raisonnable», elle doit non seulement se fonder sur l'existence de conditions préalables, mais elle doit aussi être effectuée d'une manière raisonnable. Le caractère raisonnable de l'exécution comprend, à

<sup>29</sup> Voir note 9, à la p. 169.

<sup>30</sup> Voir note 6; voir aussi *R. v. Rao*, note 20, à la p. 15.

cy to the extent that the constraints implicit in the situation reasonably permit.

Counsel did not bring to my attention any Canadian judicial decisions on the subject of "cross-gender" searches of inmates or their cells. A decision of a Human Rights Tribunal established under the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33], *Stanley et al. v. Royal Canadian Mounted Police*, issued February 9, 1987 was referred to. The Chairman of that Tribunal held that the RCMP was justified in refusing to employ women as guards in their lock-ups where male pre-trial detainees are held temporarily. He decided that a requirement by the RCMP that such guards be of the same sex as their prisoners was a *bona fide* occupational requirement and therefore the RCMP was not guilty of discrimination in refusing to employ women in such establishments. This requirement was upheld as a legitimate protection of "inmate privacy". Such a decision is not in any event binding on this Court and of course it deals with issues involving the terminology of the *Canadian Human Rights Act*, not the Charter. Further, as the Chairman expressly recognized, his conclusions are not necessarily applicable to other kinds of institutions. Considerable stress was laid in that case on the particular security problems of such lock-ups, including the suicidal tendencies of those newly arrested. Such lock-ups are obviously different in many ways from federal prisons housing those sentenced to two years or more of imprisonment, where there is an ongoing community relationship among staff and inmates and where, for example, suicidal tendencies in certain inmates will have most likely been identified.

In at least one U.S. decision, *Grummett v. Rushen*<sup>31</sup> the U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit held that at San Quentin, one of California's two highest security prisons, where in

<sup>31</sup> 779 F.2d 491 (9th Cir. 1985), at p. 496.

mon avis, le respect des règles normales de la décence dans la mesure où cela est normalement permis par les restrictions qui découlent implicitement de la situation.

<sup>a</sup> L'avocat ne m'a signalé aucune décision judiciaire canadienne au sujet des fouilles de détenus ou de la surveillance de leur cellule par une «personne de l'autre sexe». On a cité la décision rendue le 9 février 1987, par le Tribunal des droits de la personne, établi en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, chap. 33], dans l'affaire *Stanley et autres c. Gendarmerie royale du Canada*. Le président de ce tribunal a estimé que la GRC était fondée à refuser de confier à des femmes la garde des cellules où les inculpés sont incarcérés temporairement avant de subir leur procès. Il a statué que la condition imposée par la GRC, selon laquelle ces gardiens doivent être du même sexe que leurs prisonniers, est une exigence professionnelle raisonnable et que par conséquent, la GRC n'était pas coupable de discrimination en refusant d'employer des femmes dans ces établissements. Le président du tribunal a considéré cette exigence comme une protection légitime de la [TRADUCTION] «vie privée des détenus». De toute façon, cette décision ne lie pas cette Cour, et bien entendu, elle touche des points de terminologie qui se rapportent à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et non à la Charte. En outre, comme le président l'a expressément reconnu, ses conclusions ne sont pas forcément applicables à d'autres genres d'établissements. Dans cette affaire, on a fortement insisté sur les problèmes de sécurité posés par ces lieux de détention provisoire, notamment les tendances au suicide chez les personnes qui viennent d'être arrêtées. Ces cellules sont évidemment différentes, à bien des égards, des cellules des prisons fédérales où sont incarcérés les détenus condamnés à deux ans d'emprisonnement ou plus, où il y a des rapports suivis entre le personnel et les détenus, et où, par exemple, on peut très facilement déceler les tendances suicidaires de certains détenus.

Dans une décision américaine au moins, l'affaire *Grummett v. Rushen*<sup>31</sup>, la Cour d'appel des États-Unis, 9<sup>e</sup> Circuit, a décidé qu'à San Quentin, l'une des deux prisons à sécurité maximale de la Califor-

<sup>31</sup> 779 F.2d 491 (9th Cir. 1985), à la p. 496.

1985 some 113 of the 720 correctional officers were female, the observation by female guards of strip searches of male inmates, in very rare emergency situations, did not violate inmates' rights under the Fourth Amendment with respect to "unreasonable searches".

It is obvious that the prison environment impinges, and must impinge, on the privacy of inmates in ways which would not normally be accepted by those in ordinary civilian life. In some respects these vicissitudes are not unique to prison life: those involuntarily conscripted for military service or committed by law to mental hospitals may be exposed involuntarily to similar intrusions on privacy. At least since the adoption of the Charter, however, such intrusions, if other than trivial, must be justified in terms of the "assessment" process which the Supreme Court described in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, and thus must be measured in relation to "reasonable expectations of privacy".

In respect of strip searches, what is a reasonable expectation depends on general standards of public decency. In trying to define the relevant standard here, it is necessary to put to the side those situations where people voluntarily expose themselves to cross-gender viewing in states of undress, for example by committing themselves to the care of medical personnel of the opposite sex. It is also necessary to ignore the needs of the hypersensitive. Expert evidence was called by the defendants and respondent, for example, to the effect that some people experience acute embarrassment in being viewed in the nude condition by any other person of whichever sex. Presumably there are others with exhibitionist tendencies who have little or no sensitivity to any such viewing. What is involved here is the involuntary exposure of the body to fairly close and deliberate viewing by a member of the opposite sex. I am satisfied that in most circumstances this offends normal standards of public decency and is not justified, even in the prison context. Indeed the defendants in the Weatherall case did not attempt to justify cross-gender viewing of strip searching except in emergencies and I believe that to be its proper limit, a limit which was at least implicitly adopted in *Grummett v.*

nie, où en 1985, quelque 113 des 720 agents correctionnels étaient des femmes, les très rares cas d'urgence où des gardiennes ont observé les fouilles à nu de prisonniers ne violent pas les droits des détenus à la protection contre «des fouilles abusives» accordée par le Quatrième Amendement.

Il est évident que le milieu carcéral empiète, et doit empiéter, sur la vie privée des détenus de différentes façons qui ne seraient normalement pas tolérées par des citoyens ordinaires. À certains égards, ces vicissitudes ne sont pas propres à la vie carcérale: les conscrits ou les personnes internées dans des hôpitaux psychiatriques en application de la loi peuvent être soumis à des intrusions similaires dans leur vie privée. Depuis l'adoption de la Charte, tout au moins, les intrusions graves doivent être justifiées en fonction du processus «d'appréciation» que la Cour suprême a décrit dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, et doivent par conséquent être évaluées sous l'angle «des attentes raisonnables en matière de vie privée».

En ce qui concerne les fouilles à nu, la définition d'une expectative raisonnable dépend des normes générales de la décence. En essayant de définir la norme pertinente en l'espèce, il faut mettre de côté les situations où des personnes dévêtues s'exposent volontairement aux regards de personnes de l'autre sexe, par exemple pour recevoir des soins médicaux. Il faut également ne pas tenir compte des gens hypersensibles. Les défendeurs et l'intimé ont, par exemple, fait appel à des témoins experts pour dire que certaines personnes se sentent très embarrassées lorsqu'elles se trouvent nues en présence d'une autre personne de quelque sexe que ce soit. Il y a probablement d'autres personnes qui ont des tendances exhibitionnistes et qui n'éprouvent aucun embarras à se montrer nues. Il s'agit en l'espèce de détenus forcés de se montrer nus en présence d'agents du sexe opposé qui les observent de très près et de façon délibérée. Je suis convaincu que dans la plupart des cas, cela enfreint les normes de la décence et n'est pas justifié, même dans le contexte carcéral. En fait, les défendeurs dans l'affaire Weatherall n'ont pas cherché à justifier les fouilles à nu de prisonniers en présence de gardiennes, sauf en cas d'urgence, et j'estime que c'est la limite convenable, limite qui, au moins implicitement, a été adoptée dans l'affaire *Grum-*

*Rushen*.<sup>32</sup>

Again, I find that the *Penitentiary Service Regulations* do not adequately limit the power of strip searching in this respect. As quoted above, paragraph 41(2)(c) authorizes, subject to subsection (3) [as added by SOR/80-462], a search of any inmate "where a member considers such action reasonable". Subsection (3) limits this general power only to the extent of providing that

41. ...

(3) No female person shall be searched pursuant to subsection (2) except by a female person.

This clearly implies that male persons may be searched by female persons. Again, the Commissioner's Directive 800-2-07.1 in effect at the relevant times provided that:

14. A strip search shall be conducted with due regard for privacy and by a member of the same sex and normally in the presence of a witness of the same sex. In urgent circumstances, a male inmate may be searched by a female member.

It will be noted that the Directive does purport to limit cross-gender searches of male inmates to those in "urgent circumstances". This would be a more convincing safeguard for inmates if it elaborated somewhat on the criteria for identifying urgency or emergency, and if it specifically provided for a meaningful post-search review of the decision to conduct such a search and the manner of its conduct. But in any event the Commissioner's Directive does not have the force of law and therefore does not limit the general legal power in section 41 of the Regulations for the conduct of a search wherever an officer "considers such action reasonable", including by implication strip searches of male inmates by female officers.

With respect to frisk searching—that is, the searching of a fully-clothed inmate by an officer running his or her hands over the clothing to detect the presence of contraband—the essential complaint made by both Conway and Spearman is that female officers are ever allowed to conduct such searches on male inmates. That is, they do not complain of the particular way in which such

<sup>32</sup> *Ibid.*

*mett v. Rushen*.<sup>32</sup>

Je répète qu'à cet égard, le *Règlement sur le service des pénitenciers* ne limite pas suffisamment le pouvoir de fouiller à nu les prisonniers. L'alinéa 41(2)c déjà cité autorise, sous réserve du paragraphe (3) [ajouté par DORS/80-462], la fouille de tout détenu «lorsqu'un membre considère une telle mesure raisonnable et nécessaire». Le paragraphe (3) limite ce pouvoir général en prévoyant seulement que:

41. ...

(3) Une personne du sexe féminin qui est fouillée aux termes du paragraphe (2) ne peut être fouillée que par une personne du même sexe.

Cela implique clairement que des personnes du sexe féminin sont autorisées à fouiller des personnes de sexe masculin. Je rappelle que la Directive 800-2-07.1 du commissaire, en vigueur aux époques en cause, portait que:

14. Toute fouille à nu doit être effectuée avec discrétion par un membre du même sexe et habituellement en présence d'un témoin du même sexe. Dans les cas d'urgence, un détenu peut être fouillé par un membre du sexe opposé.

On notera que la directive tend à limiter les fouilles de détenus par des personnes du sexe opposé aux «cas d'urgence». Les détenus jouiraient d'une meilleure protection si la directive établissait un critère quelconque permettant de déterminer les cas urgents, et si elle prévoyait un examen significatif, après la fouille, de la décision d'effectuer cette fouille, et de la façon dont on a procédé. De toute façon, la directive du commissaire n'a pas force de loi, et par conséquent, elle ne limite pas le pouvoir légal général prévu à l'article 41 du Règlement permettant d'effectuer une fouille toutes les fois qu'un agent «considère une telle mesure raisonnable et nécessaire», y compris, implicitement, les fouilles à nu de prisonniers par des agents de sexe féminin.

En ce qui concerne la fouille par palpation, c'est-à-dire la fouille d'un détenu complètement vêtu par un agent qui passe la main sur ses vêtements pour détecter la présence de contrebande, Conway et Spearman se plaignent essentiellement non pas de la façon dont ces fouilles sont effectuées mais du fait que des agents de sexe féminin

<sup>32</sup> *Ibid.*



searches are done, other than that they are performed by females.

As to the manner of such searches, whether done by males or females, the Regulations are silent but the Commissioner's Directive 800-2-07.1, section 7 defines for its purposes the word "search" to include a frisk search and describes a frisk search as follows:

a. frisk search—is a hand search from head to foot, down the front and rear of the body, around the legs and inside clothing folds, pockets and footwear and includes the method of searching by use of hand held scanning devices.

I believe this adequately describes (even if it is not legally binding) the manner in which such searches are normally done. It will be noted that the Directive does not expressly preclude a search of the genital area. Evidence presented by the defendant and respondents was clear that the genital area is avoided in frisk searches and this was also demonstrated to me in a simulated search conducted in Court. The plaintiff Conway conceded that he had never been frisk searched in the genital area although he had "heard stories" of it happening to others. In any event, I need make no finding as to the reasonability of frisk searches in this respect because the plaintiff Conway and the applicant Spearman are attacking instead the conduct of any frisk search by a female officer of a male inmate.

U.S. cases have upheld routine "patdown", i.e. frisk, searches as not infringing rights under the Fourth Amendment with respect to "unreasonable" searches,<sup>33</sup> even where such searches included the genital area.<sup>34</sup> The courts in those cases generally emphasized the limited nature of the privacy rights of prisoners and balanced these against the very important security requirements of prisons.

It is true that one has to use with caution American jurisprudence in this area, particularly having regard to the fact that the U.S. Bill of

<sup>33</sup> See e.g. *Smith v. Fairman*, 678 F.2d 52 (7th Cir. 1982), at p. 53.

<sup>34</sup> *Grummett v. Rushen*, *supra* note 31, at p. 495; *Bagley et al. v. Watson et al.*, 579 F. Supp. 1099 (D. Oreg. 1983), at p. 1103.

sont autorisées à procéder à de telles fouilles sur des détenus de sexe masculin.

Quant à la façon dont ces fouilles sont effectuées, que ce soit par des hommes ou des femmes, le Règlement ne prévoit rien, mais l'article 7 de la directive du commissaire 800-2-07.1 définit, à ses fins, le mot «fouille» qui englobe une fouille par palpation et décrit cette dernière ainsi:

a. fouille par palpation—il s'agit d'une fouille effectuée à la main, le long du corps, de la tête aux pieds à l'avant et à l'arrière, autour des jambes et à l'intérieur des plis des vêtements, des poches et des chaussures; elle comporte l'utilisation de détecteurs portatifs.

Je crois que cette définition décrit bien (même si elle n'a pas force de loi) la façon dont ces fouilles sont normalement effectuées. On notera que la directive n'interdit pas formellement de fouiller les organes génitaux. La preuve présentée par la défenderesse et les intimés indique clairement que l'on évite de toucher aux parties génitales, et cela m'a également été démontré au cours d'une fouille simulée devant la Cour. Le demandeur Conway a admis qu'il n'avait jamais été fouillé dans les parties génitales, bien qu'il ait «entendu dire» que c'était arrivé à d'autres détenus. De toute façon, je n'ai pas à me prononcer sur le caractère raisonnable des fouilles par palpation à cet égard, car le demandeur Conway et le requérant Spearman contestent plutôt toute fouille par palpation d'un détenu de sexe masculin par un agent de sexe féminin.

Aux États-Unis, les tribunaux ont statué que les «fouilles» par palpation de routine ne portent pas atteinte aux droits de la personne reconnus par le Quatrième Amendement en ce qui concerne les fouilles «abusives»<sup>33</sup>, même quand ces fouilles s'étendent aux organes génitaux<sup>34</sup>. Dans ces affaires, les tribunaux ont en général souligné que les droits des prisonniers à la protection de leur vie privée sont limités en raison des règles de sécurité très importantes en vigueur dans les prisons.

Il est vrai que dans ce domaine, il faut se référer avec prudence à la jurisprudence américaine, compte tenu du fait qu'aux États-Unis, le Bill of

<sup>33</sup> Voir par ex. *Smith v. Fairman*, 678 F.2d 52 (7th Cir. 1982), à la p. 53.

<sup>34</sup> *Grummett v. Rushen*, voir note 31, à la p. 495; *Bagley et al. v. Watson et al.*, 579 F. Supp. 1099 (D. Oreg. 1983), à la p. 1103.

Rights does not have a provision comparable to section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This means that the balancing of the public *versus* the private interest must be done by U.S. courts more within the interpretation of the constitutional right itself since there is no general provision for the public interest to be redeemed through limitations on private rights prescribed by law as contemplated by section 1 of the Charter. Nevertheless, the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.* held that in respect of section 8 of the Charter, because of its prohibition of only "unreasonable" searches, it is necessary in determining whether there has been an infringement of that section to make an assessment of individual *versus* collective interests. The Court made such an assessment in that case wholly in the context of section 8, as it found that no case had been made out for the application of section 1.

I have concluded that the routine frisk searches which are in question in these proceedings do not infringe rights protected by section 8 of the Charter. In the first place, such an invasion of privacy is by any standard of measurement trivial and "trivial or insubstantial" burdens do not give rise to Charter violations.<sup>35</sup> Even if it is seen as something more than trivial, the very limited intrusion on privacy involved is more than offset by the public interest. First and foremost is a need for adequate security in these institutions and the evidence satisfies me that both routine and special frisk searches, conducted by someone, are an important element in maintaining that security. Secondly, I am satisfied that there is an important public interest to be served in the employment of women in federal penal institutions. This is a matter of fundamental fairness in allowing women equal access to employment in a sizeable sector of the federal Public Service. At Collins Bay, where the issue is relevant in the present cases, it appears to me that to deny female guards the ability to frisk search would preclude their employment. Of some 20 security posts there, all but 3 or 4 involve

<sup>35</sup> *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759; see also *Headley v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 2 F.C. 235 (C.A.), MacGuigan J., at p. 244; Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Calgary: Carswell, 1986, at p. 141.

Rights ne contient aucune disposition comparable à l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cela signifie que les tribunaux américains doivent faire l'équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt privé, en s'efforçant davantage d'interpréter le droit constitutionnel lui-même, puisqu'il n'existe pas de disposition générale permettant de favoriser l'intérêt public au moyen de restrictions aux droits privés prescrites par la loi, ainsi que le prévoit l'article 1 de la Charte. Dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, la Cour suprême du Canada a néanmoins statué qu'étant donné que l'article 8 de la Charte n'interdit que les fouilles «abusives», il faut, pour déterminer s'il y a eu violation de cet article, apprécier l'intérêt privé par rapport à l'intérêt collectif. La Cour a fait cette appréciation entièrement dans le contexte de l'article 8, puisqu'elle a conclu que rien ne justifiait l'application de l'article 1.

J'ai conclu que les fouilles par palpation de routine dont il est question en l'espèce ne portent pas atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la Charte. En premier lieu, une telle intrusion dans la vie privée est négligeable, quel que soit le critère d'évaluation sur lequel on se fonde, et un fardeau «négligeable ou insignifiant» ne constitue pas une violation de la Charte<sup>35</sup>. Même si elle n'est pas considérée comme négligeable, l'intrusion très limitée dans la vie privée d'un détenu est largement contrebalancée par l'intérêt public. Il faut d'abord et avant tout assurer une sécurité adéquate dans ces établissements et la preuve me convainc que les fouilles par palpation, courantes et spéciales, effectuées par quelqu'un, sont un élément important du maintien de cette sécurité. En deuxième lieu, je suis convaincu qu'on sert l'intérêt public de façon importante en embauchant des femmes dans les établissements pénitentiaires fédéraux. C'est une question de justice fondamentale que de permettre aux femmes un accès égal aux emplois dans un secteur important de la fonction publique fédérale. À Collins Bay, où la question s'applique aux cas à l'étude, il me semble que

<sup>35</sup> *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 759; voir également *Headley c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 2 C.F. 235 (C.A.), juge MacGuigan, à la p. 244; Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Calgary: Carswell, 1986, à la p. 141.

routine or occasional searching. And, according to the evidence, any officer working in contact with inmates must be able to perform such searches on an *ad hoc* basis. If female guards were unable to perform such duties their usefulness would be drastically limited with a very negative effect on their careers. Further, the evidence satisfies me that the presence of women officers in such an institution has an important beneficial effect on the attitude and conduct of most inmates and can contribute in an important way to assisting in their ultimate readjustment to society after release. I cannot of course, nor need I, express an opinion as to frisk searching in other institutions with respect to which I have neither complaints nor evidence before me.

The remaining issue which may engage section 8 of the Charter is that raised by Conway with respect to the presence of female guards in the living areas of male inmates. Conway wants a declaration that it is unlawful:

for female guards to be present or to be assigned to duties which would, in the normal course, put them in a position to view male inmates in lavatory facilities or otherwise in states of undress . . . .

He also wants a declaration that it is unlawful:

except in emergency situations, for female guards to patrol the actual living areas of male prisoners . . . .

Both of these requests for declarations involve essentially the same problem: that when female guards are in the cell blocks on a routine basis, as described in the facts at the beginning of these reasons, for purposes of counts, winds, or visiting specific prisoners for special reasons, they may see prisoners in a state of undress or using the toilet. Although most of the cells in Collins Bay have solid doors with a small window, and the remainder have screens over three-quarters of the door opening, it is nevertheless possible for female guards to look into the cells and indeed it is their duty to do so when conducting a count or a "wind". There was no evidence of other interfer-

les gardiennes ne pourraient être embauchées si on leur interdisait de procéder à des fouilles par palpation. Sur les vingt postes de sécurité, tous sauf trois ou quatre comportent une fouille courante ou occasionnelle. Et, d'après les témoignages, tout agent qui travaille auprès des détenus doit être capable de faire ces fouilles sur une base ponctuelle. Si les gardiennes ne pouvaient remplir ces fonctions, leur utilité se trouverait grandement réduite et cela aurait un effet très négatif sur leur carrière. De plus, la preuve me convainc que la présence d'agents féminins dans un tel établissement exerce un effet bénéfique important sur la conduite de la plupart des détenus et peut contribuer de façon importante à leur réadaptation à la société, une fois remis en liberté. Bien sûr, je ne peux ni ne dois me prononcer sur les fouilles par palpation dans d'autres établissements au sujet desquels ni plainte ni preuve ne m'ont été soumises.

L'autre question à laquelle peut s'appliquer l'article 8 de la Charte, est celle que soulève Conway à propos de la présence de gardiennes dans les unités résidentielles des détenus de sexe masculin. Celui-ci cherche à obtenir un jugement déclarant illégal:

la présence des gardiennes ou leur affectation à des tâches qui leur permettraient normalement d'observer les détenus de sexe masculin dans les salles de toilette ou dans un endroit où ils sont dévêtus . . . .

Il cherche aussi à faire déclarer illégales:

sauf dans des situations d'urgence, les rondes effectuées par des gardiennes dans les unités résidentielles des prisonniers de sexe masculin . . . .

Ces deux requêtes portent essentiellement sur le même problème: lorsque des gardiennes sont dans des pavillons cellulaires pour y exercer des fonctions de routine, telles qu'elles ont été décrites au début des présents motifs et qui consistent à faire le compte des prisonniers, à effectuer des rondes éclairs, ou encore à visiter des prisonniers pour des raisons particulières, il peut leur arriver de voir ceux-ci dévêtus ou utilisant la toilette. Même si la plupart des cellules de Collins Bay ont des portes pleines munies d'un petit guichet, et si les autres ont des écrans qui couvrent les trois quarts de l'ouverture de la porte, il est quand même possible que des gardiennes regardent dans les cellules, et c'est même leur devoir lors d'un comptage ou d'une «ronde éclair». Il n'y a pas eu de preuve

ence with personal modesty, such as cross-gender viewing of inmates in showers.

Again, U.S. jurisprudence has not been particularly sympathetic to inmate complaints concerning such situations. As a matter of basic principle the U.S. Supreme Court held, in a case actually involving a "shake down search" of a prison cell, that although prisoners retain such rights as are not fundamentally inconsistent with imprisonment they have no legitimate expectation of privacy in a prison cell and that therefore they are not protected by the Fourth Amendment from searches of their cells.<sup>36</sup> In the *Grummett* case<sup>37</sup> the U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit found that the routine employment of female guards in positions where they could look, from a considerable distance, into the cells of male inmates while on routine patrol did not violate the Fourth Amendment, even though on occasion they might see, from a distance, inmates partially or totally undressed. This was within the particular context of San Quentin, a high security prison designed to permit "observations of the inmates by institution officials at all times".

As indicated above, section 8 cannot be invoked to remedy trivial detractors from privacy. Further, inmates cannot reasonably expect to be free from surveillance. If they have concerns about being seen in a state of partial or complete nudity or performing some bodily function, they must be expected to take certain steps within their means to minimize such possibilities. At the same time I believe it is an unnecessary intrusion on human dignity, in the absence of an emergency, for female officers at Collins Bay to view inmates in their cells in such circumstances. This means in effect that, other than in emergencies, female officers should not be in a position to make unannounced or unscheduled visual examinations of occupied cells of male inmates. On the basis of the evidence I do not believe this should create any very serious

<sup>36</sup> *Hudson v. Palmer*, 82 L. Ed. (2d) 393 (U.S.S.Ct. 1984). See also *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (N.Y.C.A. 1962).

<sup>37</sup> *Supra* note 31, at pp. 494-495.

d'autres atteintes à la pudeur, telles que l'observation des détenus sous la douche par des agents de sexe opposé.

Là encore, la jurisprudence américaine n'a pas considéré avec beaucoup de sympathie les plaintes de détenus dans de telles situations. Comme principe de base, la Cour suprême des États-Unis a statué, dans une cause où il y avait eu une fouille approfondie d'une cellule, que même si les prisonniers conservent certains droits qui ne sont pas fondamentalement incompatibles avec leur emprisonnement, ils ne peuvent pas légitimement s'attendre à ce que leur vie privée soit respectée dans une cellule de prison et ne sont donc pas protégés par le Quatrième Amendement contre la fouille de leur cellule<sup>36</sup>. Dans l'affaire *Grummett*<sup>37</sup>, la Cour d'appel des États-Unis (9<sup>e</sup> circuit) a jugé que l'utilisation courante de gardiennes dans des postes où elles peuvent regarder, d'une distance considérable, dans les cellules des détenus de sexe masculin au cours de leurs rondes ordinaires, ne violait pas le Quatrième Amendement, même s'il peut leur arriver de voir, d'une certaine distance, des détenus partiellement ou complètement dévêtus. Cela se passait à San Quentin, une prison à sécurité maximale construite pour permettre [TRADUCTION] «l'observation en tout temps des détenus par des agents de l'établissement».

Comme je l'ai déjà dit, on ne peut invoquer l'article 8 pour empêcher des intrusions négligeables dans la vie privée. De plus, les détenus ne peuvent pas raisonnablement s'attendre à n'être soumis à aucune surveillance. S'ils redoutent d'être vus dans un état de nudité partielle ou totale, ou accomplissant certaines fonctions vitales, il leur appartient de prendre certaines précautions qui sont à leur portée pour minimiser de telles possibilités. Par ailleurs, j'estime que c'est une atteinte inutile à la dignité humaine lorsque, en l'absence de toute urgence, des gardiennes de Collins Bay observent ainsi des détenus dans leurs cellules. Cela veut dire en fait que, sauf en cas d'urgence, les gardiennes ne devraient pas pouvoir observer à l'improviste les cellules occupées par des détenus de sexe masculin. Compte tenu de la preuve, je ne

<sup>36</sup> *Hudson v. Palmer*, 82 L. Ed. (2d) 393 (U.S.S.Ct. 1984). Voir également *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (N.Y.C.A. 1962).

<sup>37</sup> Voir note 31, aux p. 494 et 495.

administrative problems nor impair the career opportunities of female guards. According to the evidence of Warden Payne of Collins Bay there are four counts a day, at 7:00 a.m., noon, 4:00 p.m., and 11:00 p.m. These times are well known to the inmates, no doubt, and they can avoid being in embarrassing positions at those times when they know female officers may participate in the count. With respect to individual visits to the cell of a particular inmate, the evidence indicated that a female officer approaching such a cell would normally announce her presence before looking in and again this is properly respectful of the privacy rights of the inmate without detracting from prison management. It appears to me that the only problem may arise with respect to the "winds" which are conducted on the average every hour, but at random times in order to preserve an element of surprise. From what I can understand of the staffing arrangements, and the fact that only 14.5% of the officers at Collins Bay are females, I do not believe that such a prohibition on unscheduled or unannounced viewing by female guards on a "wind" should cause serious problems in administration or be significantly harmful to the career opportunities of female officers. It appears to me that there are at least two reasonable alternatives: if a female officer is conducting the "wind", her presence can be announced just as the "wind" begins (which according to the evidence happens any way through a warning shout from the first inmate who sights the arrival of the officer conducting the "wind"); or, male officers can do the actual walking through the cell blocks, perhaps using female officers to "vestibule" them (that is, to be the guard to watch from the vestibule the other officer who is actually in the cell block, a practice employed for reasons of security). Further, I would only consider such steps to be necessary during the normal waking hours of the inmates: if an inmate chooses to leave himself exposed during the normal hours of sleep he can be taken to run the risk of cross-gender viewing. The appropriate administrative arrangements are of course a matter for the authorities of the institution and I make these suggestions only to indicate that the evidence satisfies me that there are reasonable alternatives to the kind of intrusion of privacy which the present system permits.

pense pas que cela crée de graves problèmes administratifs ou nuise à la carrière des gardiennes. D'après le témoignage de M. Payne, directeur de Collins Bay, il y a quatre comptages par jour: à 7 h, à midi, à 16 h, et à 23 h. Les détenus connaissent sans doute bien ces heures et ils peuvent alors éviter de se trouver dans des situations embarrassantes quand ils savent que des agents de sexe féminin peuvent participer aux comptages. Pour ce qui est des inspections visuelles de la cellule d'un détenu, il ressort de la preuve que lorsqu'une gardienne s'approche d'une cellule, elle annonce normalement sa présence avant de regarder à l'intérieur et là encore, cela respecte les droits du détenu à sa vie privée, sans entraver l'administration de la prison. Il me semble que le seul problème qui pourrait se poser toucherait les «rondes éclairs» qui se font en moyenne une fois par heure, mais à intervalles irréguliers, afin de créer un élément de surprise. Si je comprends bien l'organisation du personnel et étant donné que seulement 14,5 % des agents de Collins Bay sont des femmes, l'interdiction en vertu de laquelle les gardiennes ne pourraient pas observer à l'improviste lors d'une «ronde éclair», ne devrait pas, à mon avis, poser de graves problèmes d'administration, ni nuire considérablement à la carrière des agents de sexe féminin. Il me semble y avoir au moins deux solutions de rechange possibles: si un agent féminin effectue une «ronde éclair», sa présence pourra être annoncée juste avant que celle-ci ne commence (ce qui, suivant la preuve, se fait de toute façon par le cri du premier détenu qui voit arriver l'agent chargé de la «ronde éclair»); ou bien des agents de sexe masculin pourront traverser les pavillons cellulaires, en demandant à leurs collègues féminines de les couvrir à l'entrée du pavillon (c'est-à-dire qu'elles monteraient la garde à l'entrée en, protégeant l'autre agent qui se trouve dans le pavillon cellulaire, cette pratique étant employée pour des raisons de sécurité). J'estime en outre que ces mesures ne sont nécessaires que durant les heures de veille des détenus: si un détenu choisit de ne pas se couvrir pendant ses heures normales de sommeil, il peut risquer d'être observé par un agent de l'autre sexe. Il appartient bien sûr aux autorités de l'établissement de prendre les mesures administratives appropriées et je veux seulement montrer qu'à la lumière de la preuve, je suis convaincu qu'il existe des solutions de rechange raisonnables permettant d'éviter le genre d'intrusion dans la vie privée que le régime actuel permet.

### Charter, section 12

Only Weatherall invokes section 12 of the Charter which provides that:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

He does this in support of his request for a declaration that paragraph 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations* and section 14 of the Commissioner's Directive 800-2-07.1 are of no force and effect. These provisions have been quoted above. Weatherall's complaint, and the only issue on which he has standing, relates to cross-gender strip searching.

I should say at the outset that I accept that strip searching of inmates is "treatment" within the meaning of section 12. There was no evidence to suggest that strip searches, whether in the case of Weatherall or others, is used as "punishment" and it certainly could not be so used lawfully. This was certainly not part of any sentence imposed by a court nor am I aware of any authorization in statute or regulation for the use of such searches as punishment for offences within the institution.

Further, I accept the view that the words "cruel and unusual" may be read as "interacting expressions colouring each other . . . and hence to be considered together as a compendious expression of a norm."<sup>38</sup>

Also, I believe that there is an element of relativity in what is "cruel and unusual". As Linden J. said in *Re Mitchell and the Queen*:<sup>39</sup>

... the standard to be applied in determining whether the treatment or punishment is cruel and unusual is whether the treatment or punishment is so excessive as to outrage standards of decency and surpass all rational bounds of treatment or punishment. The test, thus, is one of disproportionality . . .

Applying these principles to the present case, it should first be noted that counsel for the defendant

<sup>38</sup> Laskin C.J., dissenting in *Miller et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at pp. 689-690. See also *Gittens (In re)*, [1983] 1 F.C. 152 (T.D.), at pp. 160-161; *Re Mitchell and the Queen* (1984), 150 D.L.R. (3d) 449 (Ont. H.C.), at p. 470.

<sup>39</sup> *Ibid.*, at p. 474, and see cases referred to therein.

### Article 12 de la Charte

Seul Weatherall invoque l'article 12 de la Charte qui prévoit:

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

Il cite cet article à l'appui de sa requête en jugement déclaratoire portant que l'alinéa 41(2)(c) du *Règlement sur le service des pénitenciers* et l'article 14 de la Directive 800-2-07.1 du commissaire sont inopérants. Ces dispositions ont été citées plus haut. La plainte de Weatherall, et le seul point sur lequel il a qualité pour agir, a trait à la fouille à nu effectuée par une personne de sexe opposé.

Pour commencer, je dois dire que je considère la fouille à nu des détenus comme un «traitement» au sens de l'article 12. Qu'il s'agisse de Weatherall ou d'autres détenus, il n'y a pas eu de preuve permettant de croire que ce genre de fouille constitue une «peine» et il ne pourrait certainement pas servir légalement à une telle fin. Il ne s'agissait sûrement pas d'une peine infligée par un tribunal, et à ma connaissance, aucune loi ni aucun règlement ne permet de recourir à de telles fouilles pour punir des infractions commises à l'intérieur d'un établissement pénitencier.

En outre, je souscris au point de vue selon lequel les mots «cruels et inusités» peuvent être interprétés comme des «termes qui se complètent et qui, interprétés l'un par l'autre, doivent être considérés comme la formulation concise d'une norme»<sup>38</sup>.

J'estime également que les mots «cruels et inusités» comportent un élément de relativité. Comme l'a indiqué le juge Linden dans *Re Mitchell and the Queen*<sup>39</sup>:

[TRADUCTION] ... la norme à appliquer pour établir si le traitement ou la peine est cruel et inusité est de savoir si le traitement ou la peine est excessif au point d'outrager les normes de la décence et de dépasser les limites raisonnables d'un traitement ou d'une peine. Il s'agit donc d'un critère fondé sur la disproportion . . .

En appliquant ces principes au cas présent, il faut d'abord noter que l'avocat de la défenderesse

<sup>38</sup> Le juge en chef Laskin, dissident dans l'affaire *Miller et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, aux p. 689 et 690. Voir aussi l'affaire *Gittens (In re)*, [1983] 1 C.F. 152 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 160 et 161; *Re Mitchell and the Queen* (1984), 150 D.L.R. (3d) 449 (H.C. Ont.), à la p. 470.

<sup>39</sup> *Ibid.*, à la p. 474, et voir les affaires qui y sont mentionnées.

did not seek to justify, nor do I think he could have, the use of strip searches of male inmates in the presence of female officers in circumstances other than emergencies. Such a practice would, in my view, violate standards of decency and could not be supported on grounds of necessity or equal opportunities for women. That there is no necessity for such a practice was indeed confirmed by evidence of officials from both Collins Bay and Joyceville to the effect that strip searches in the presence of women guards are extremely rare. No one contends that this would be an accepted practice in ordinary circumstances. In my view it would normally violate section 12 of the Charter, absent an emergency.

I am satisfied, however, that such searches would not violate section 12 in the case of a true emergency where the security of the institution generally, or of particular officers or inmates, is seriously endangered or where the lack of sudden action would likely enable the concealment, importation, or passing of contraband.

It is not for the Court to define what would be such an emergency, however. For reasons which I have given in connection with section 8, I am satisfied that paragraph 41(2)(c) of the Regulations is overly broad in the powers it confers on staff members with respect to strip searches and it cannot be saved by section 14 of the Commissioner's Directives which purports to preclude strip searching of a male by a female officer except "in urgent circumstances". For reasons which I will elaborate below in connection with section 1 of the Charter, the Directive is not law and therefore it provides no legal protection for the inmate who is subjected, or about to be subjected, to a search contrary to section 12 of the Charter.

In reaching this conclusion I have also given careful consideration to the decision of McDonald J. in the *Soenen*<sup>40</sup> case where he held that routine strip searches did not contravene section 12. That case did not, however, involve cross-gender searches. He also rejected the concept of disproportionality in the application of section 12, on the grounds that, given the presence of section 1 in the

n'a pas cherché à justifier, ce qu'il n'aurait pu faire, selon moi, la fouille à nu d'un détenu en présence d'agents du sexe féminin, sauf lorsqu'il s'agit de cas d'urgence. À mon avis, une telle pratique violerait les normes de la décence et ne saurait être justifiée par la nécessité ou l'égalité des chances pour les femmes. Le fait qu'une telle pratique ne soit pas nécessaire a effectivement été confirmé par le témoignage des agents de Collins Bay et de Joyceville indiquant que les fouilles à nu de détenus en présence de gardiennes sont extrêmement rares. Personne ne prétend que cette pratique serait admise en temps ordinaire. J'estime que ce serait une violation de l'article 12 de la Charte, s'il n'y a pas urgence.

Je suis toutefois convaincu que de telles fouilles ne violeraient pas l'article 12 dans un cas d'urgence où la sécurité de l'établissement en général ou d'agents ou de détenus en particulier, serait gravement menacée, ou lorsque l'absence d'intervention rapide permettrait probablement à des détenus de dissimuler, d'obtenir, ou d'introduire de la contrebande dans l'établissement.

Il n'appartient toutefois pas au tribunal de définir un tel cas d'urgence. Pour les raisons que j'ai données au sujet de l'article 8, je suis convaincu que l'alinéa 41(2)c) du Règlement confère des pouvoirs trop étendus aux membres du personnel en ce qui concerne les fouilles à nu et il ne peut pas s'appuyer sur l'article 14 des directives du commissaire qui vise à empêcher la fouille à nu d'un détenu par un agent de sexe féminin, sauf «dans les cas d'urgence». Pour des raisons que j'expliquerai ci-dessous au sujet de l'article 1 de la Charte, la directive n'est pas une loi et par conséquent ne protège pas le détenu qui est soumis ou qui est sur le point d'être soumis à une fouille en violation de l'article 12 de la Charte.

Je suis arrivé à cette conclusion après avoir examiné attentivement la décision rendue par le juge McDonald dans l'affaire *Soenen*<sup>40</sup>, où il a statué que les fouilles à nu de détenus n'enfreignent pas les dispositions de l'article 12. Mais il ne s'agissait pas, dans cette affaire, de fouilles effectuées par des agents de sexe opposé. Le juge a également rejeté l'idée de disproportion dans l'ap-

<sup>40</sup> *Supra* note 27, at pp. 222-223.

<sup>40</sup> Voir note 27, aux p. 222 et 223.

Charter, any balancing should be done within section 1 after a *prima facie* violation of section 12 was established. This decision was, however, prior to the decision of the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.* where the Court held that in the application of section 8 where the qualifying word “unreasonable” a court must first make an assessment of individual and collective interests in determining whether there has been a *prima facie* violation of that section before going to any possible justification under section 1.<sup>41</sup> Similarly an assessment of proportionality would appear to be appropriate in applying section 12 where there are the qualifying words “cruel and unusual”.

#### Charter, section 15

Spearman concedes that he cannot rely on section 15 as it was not in effect at the time of the disciplinary offence, the conviction for which he seeks to have quashed. Conway and Weatherall invoke section 15, however. That section provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

In effect their complaint is that male inmates are subjected to strip searches in the presence of female guards, and frisk searches and surveillance in their cells by female officers, whereas female inmates in federal institutions are not subjected to cross-gender activities of the same nature. This flows in part from the instruments governing such procedures. As noted earlier, while subsection 41(2) of the *Penitentiary Service Regulations* gives a broad power for staff members to search any inmate where he or she “considers such action reasonable”, subsection 41(3) provides that “no female person shall be searched pursuant to sub-

<sup>41</sup> *Supra* note 9, at pp. 159-160, 169-170.

application de l'article 12, car vu la présence de l'article 1 de la Charte, l'équilibre doit se faire dans le cadre de cet article, après qu'on a fait la preuve *prima facie* de la violation de l'article 12. Cette décision était cependant antérieure à celle de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, où la Cour a déclaré que lorsqu'un tribunal applique l'article 8, où se trouve le qualificatif «abusives», il doit d'abord apprécier les intérêts collectifs et individuels pour établir s'il y a eu *prima facie* violation de cet article, avant de considérer toute justification possible aux termes de l'article 1<sup>41</sup>. De même, une évaluation de la proportionnalité du traitement infligé semblerait appropriée pour les fins de l'application de l'article 12 qui renferme les qualificatifs «cruels et inusités».

#### Article 15 de la Charte

Spearman reconnaît qu'il ne peut pas invoquer l'article 15 puisqu'il n'était pas en vigueur au moment où il a été condamné pour avoir commis une infraction disciplinaire, condamnation qu'il cherche à faire annuler. Conway et Weatherall citent toutefois l'article 15 en question qui dispose:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Ils se plaignent en fait que les prisonniers de sexe masculin soient soumis à des fouilles à nu en présence de gardiennes, qui procèdent à des fouilles par palpation et les surveillent dans leur cellule alors que les détenues dans les établissements fédéraux ne sont pas soumises à de telles fouilles par des agents du sexe opposé. Cela est dû en partie aux textes qui régissent ces procédures. Comme il a été dit plus haut, le paragraphe 41(2) du *Règlement sur le service des pénitenciers* confère aux membres du personnel des pouvoirs étendus leur permettant de fouiller tout détenu lorsqu'il ou elle «considère une telle mesure raisonnable et néces-

<sup>41</sup> Voir note 9, aux p. 159 et 160, 169 et 170.



section (2) except by a female person". This prohibits cross-gender searching of female inmates but not of male inmates. Similarly, Commissioner's Directive 800-2-07.1 provides in section 13 that:

No female inmate shall be frisked or strip searched ... except by a female member

but section 14 provides, with respect to strip searches, that:

In urgent circumstances, a male inmate may be searched by a female member.

Further, in the examination for discovery of Kenneth Payne, Warden of Collins Bay Institution, examined on behalf of the defendants, it was admitted that at the one federal institution exclusively for women, the Prison for Women at Kingston, male officers are confined to control point work and perimeter security work and only female officers work in the living area of the institution. The situation is quite different at both Collins Bay and Joyceville where female officers are constantly engaged in duties within the living area of these institutions for male inmates.

There is a continuing debate in the interpretation of subsection 15(1) of the Charter. Should any distinction based on sex (or any other enumerated prohibited ground of discrimination) be regarded as presumptively invalid? Or should the court in each case decide whether similarly situated people are being treated similarly, or apply some other test, such as reasonability of the distinction?<sup>42</sup> I do not think I have to decide that question for present purposes. With respect to frisk searches, because I think the interference with privacy is trivial they will not sustain a complaint

<sup>42</sup> Cf. e.g. *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.); *Headley v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)* supra note 35.

saire», alors que le paragraphe 41(3) prévoit «qu'une personne du sexe féminin qui est fouillée aux termes du paragraphe (2) ne peut être fouillée que par une personne du même sexe». Cette disposition interdit la fouille des détenues par un agent du sexe opposé, mais elle n'assure pas cette protection aux détenus de sexe masculin. De même, l'article 13 de la directive du commissaire 800-2-07.1 porte:

... aucune détenue ne doit être fouillée par palpation ou à nu, sauf par un membre du même sexe.

mais l'article 14 prévoit au sujet des fouilles à nu:

Dans les cas d'urgence, un détenu peut être fouillé par un membre du sexe opposé.

En outre, pendant l'interrogatoire préalable de Kenneth Payne, directeur de l'établissement de Collins Bay, interrogé pour le compte des défendeurs, on a admis qu'à la prison pour femmes de Kingston, un établissement pénitentiaire fédéral réservé exclusivement aux femmes, les agents de sexe masculin sont affectés uniquement aux postes de contrôle et à la sécurité périmétrique et seules les gardiennes travaillent dans l'unité résidentielle de l'établissement. La situation est tout à fait différente à Collins Bay et à Joyceville où les gardiennes sont constamment de service dans l'unité résidentielle de ces établissements réservés aux détenus de sexe masculin.

L'interprétation du paragraphe 15(1) de la Charte fait l'objet d'un éternel débat. Toute distinction fondée sur le sexe (ou sur tout autre motif de discrimination qui y est énuméré) devrait-elle être présumée nulle? Ou les tribunaux devraient-ils dans chaque cas décider si des personnes qui se trouvent dans la même situation sont traitées de la même façon, ou devraient-ils appliquer un autre critère, tel que le caractère raisonnable de la distinction<sup>42</sup>? Je ne pense pas que j'aie à trancher cette question dans le cas présent. En ce qui concerne les fouilles par palpation, comme l'intru-

<sup>42</sup> Voir par ex. *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.); *Headley c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, voir note 35.

under subsection 15(1).<sup>43</sup> With respect to strip searching and examination of cells, the interference is not trivial and such activities constitute a pejorative form of discrimination in treatment of the sexes which, were it not for subsection 15(2), would be impermissible. The evidence satisfies me, however, that the affirmative action programme adopted by the Government to enable women to have adequate opportunities for employment in federal penal institutions is properly within subsection 15(2) of the Charter as a programme that “has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups . . . disadvantaged because of . . . sex . . .”. This was not challenged by the plaintiffs. Since, by the opening words of subsection 15(2), any rights under subsection 15(1) must be read subject to any such affirmative action programme, to the extent that this form of discrimination in cross-gender touching or viewing is essential to an affirmative action programme it does not contravene the Charter.<sup>44</sup> It appears to me that as a matter of administrative practice, the employment of women in male prisons, being justified under subsection 15(2) of the Charter, incidentally carries with it the possibility that women may have to carry out certain surveillance of male inmates’ cells, and on occasion be present for certain skin searches of male inmates. Because there are no comparable affirmative action programmes for males to be employed in the living areas of the federal women’s prison in Kingston, the result is that women inmates there are not subjected to cross-gender searches. Thus there is a certain inequality flowing from an administrative fact, but I think it is an inequality protected by subsection 15(2) of the Charter which precludes a complaint under subsection 15(1). This is true, however, only to the extent that such discriminatory infringements on male privacy are reasonably necessary to the operation of the affirmative action programme. As I have observed earlier, I believe that the use of female guards in non-emergency skin searches, or in unscheduled,

sion dans la vie privée est, à mon avis, négligeable dans ce cas, elles ne peuvent pas donner lieu à une plainte fondée sur le paragraphe 15(1)<sup>43</sup>. Pour ce qui est des fouilles à nu et de l’inspection des cellules, l’intrusion n’est pas négligeable et de telles activités sont une forme péjorative de discrimination sexuelle qui, si ce n’était du paragraphe 15(2), serait intolérable. La preuve me convainc toutefois que le programme d’action positive adopté par le gouvernement pour permettre aux femmes de travailler dans les établissements pénitentiaires fédéraux est conforme au paragraphe 15(2) de la Charte puisqu’il est «destiné à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait . . . de leur sexe». Les demandeurs n’ont pas contesté cette observation. Comme les termes employés au début du paragraphe 15(2) prévoient qu’il faut considérer les droits conférés par le paragraphe 15(1) en tenant compte de tout programme d’action positive, cette forme de discrimination que constitue la palpation ou la surveillance par un agent du sexe opposé ne viole pas la Charte dans la mesure où elle est essentielle pour la mise en œuvre d’un programme d’action positive<sup>44</sup>. Il me semble que du point de vue de la procédure administrative, le fait d’embaucher des femmes dans des prisons pour hommes, que permet le paragraphe 15(2) de la Charte, peut incidemment faire en sorte que des femmes soient tenues de surveiller les cellules des détenus et qu’elles doivent parfois assister à certaines fouilles à nu de ces détenus. Comme il n’existe pas de programmes d’action positive comparables afin que les hommes travaillent dans les unités résidentielles de la prison fédérale pour femmes de Kingston, il s’ensuit que les détenues de cette prison ne peuvent être fouillées par des agents du sexe opposé. Cette procédure administrative entraîne donc une certaine inégalité, mais à mon avis, c’est une inégalité protégée par le paragraphe 15(2) de la Charte qui interdit toute plainte fondée sur le paragraphe 15(1). Cela n’est vrai toutefois que dans la mesure où ces intrusions discriminatoires dans la vie privée des hommes sont raisonnablement nécessaires à la mise en œuvre du programme d’action positive. Comme je l’ai fait

<sup>43</sup> See authorities cited *supra* note 35.

<sup>44</sup> See e.g. *Shewchuk v. Ricard*, [1986] 4 W.W.R. 289 (B.C.C.A.), at pp. 306-307.

<sup>43</sup> Voir les autorités citées, à la note 35.

<sup>44</sup> Voir par ex. *Shewchuk v. Ricard*, [1986] 4 W.W.R. 289 (C.A.C.-B.), aux p. 306 et 307.

unannounced surveillance of cells, is not necessary to their employment in male prisons.

Further I fail to see how an inequality in law as adopted in subsection 41(3) of the *Penitentiary Service Regulations* which provides that “no female person shall be searched . . . except by a female person” can be justified when there is no comparable legal protection for males. This has no logical connection to any affirmative action programme. It appears to me to be a denial of equality under the law and the right to equal protection of the law. It does not follow that, because special measures may be taken to ensure employment of females in male institutions, male officers must be precluded from employment in female institutions or from performing certain functions in female institutions. Expert evidence for the defendants and respondent was provided by Dr. Lionel Béliveau, a prison psychiatrist from Montréal, and Dr. Lois Shawver, a clinical psychologist from California with a practice involving prisons, to the effect that male guards, by their inherent maleness, are more likely to exploit such situations as cross-gender searches and surveillance than are female guards. It appears to me that this is exactly the kind of stereotyping which subsection 15(1) of the Charter was designed to preclude. No court would long entertain an argument for example that black persons, or Baptists, or Scotsmen are, by an allegedly typical defect of character, more likely as a class to exploit their fellow man, thus justifying laws which discriminate against such classes of persons. I see no reason why I should entertain such an argument when directed against the male “gender”. I reject it both as an excuse under subsection 15(1) of the Charter and as a justification for limiting equality rights pursuant to section 1 of the Charter.

#### Charter, section 28

This section provides

remarquer antérieurement, j'estime que la participation des gardiennes à des fouilles à nu dans des situations qui ne sont pas urgentes ou à la surveillance des cellules qui n'a été ni prévue ni annoncée n'est pas nécessaire lorsque ces gardiennes travaillent dans des prisons pour hommes.

En outre, je ne vois pas comment une inégalité créée par le paragraphe 41(3) du *Règlement sur le service des pénitenciers* qui prévoit qu'«une personne du sexe féminin qui est fouillée . . . ne peut être fouillée que par une personne du même sexe», peut être justifiée lorsque la loi n'offre pas une protection comparable aux hommes. Cela n'a aucun lien logique avec un programme d'action positive. À mon avis, c'est là nier le droit à l'égalité devant la loi et à la protection égale de la loi. Ce n'est pas parce que des mesures spéciales peuvent être prises pour permettre à des femmes de travailler dans des prisons pour hommes qu'il faut empêcher des agents de sexe masculin de travailler ou d'exercer certaines fonctions dans des prisons pour femmes. Selon les dépositions d'experts, faites pour le compte des défendeurs et de l'intimé par le docteur Lionel Béliveau, psychiatre de Montréal affecté aux prisons et par le docteur Lois Shawver, psychologue de la Californie dont la pratique est également orientée vers les prisonniers, les gardiens, à cause de leur mentalité d'homme, sont plus susceptibles de tirer profit des fouilles et de la surveillance des détenues, que ne pourraient le faire les gardiennes à l'égard des détenus. Il me semble que c'est exactement le genre de stéréotype que le paragraphe 15(1) de la Charte vise à empêcher. Aucun tribunal n'acceptera l'argument, par exemple, que des Noirs, des Baptistes ou des Écossais, en raison d'un défaut de caractère prétendument typique, sont plus susceptibles, en tant que groupes, d'exploiter leurs semblables, ce qui justifierait l'adoption de lois discriminatoires à l'encontre de ces catégories de personnes. Je ne vois pas pourquoi je dois accepter un tel argument présenté contre les hommes. J'estime qu'il ne constitue ni une excuse fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte ni une justification permettant de restreindre le droit à l'égalité prévue par l'article 1 de la Charte.

#### Article 28 de la Charte

Cet article prévoit:

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

I have concluded that this section has no significant effect in the present case.

In a large measure I have upheld cross-gender search practices. But to the extent that section 8 is infringed by cross-gender strip searching or the viewing of male inmates in their cells while the same intrusion is not forced on female prisoners, then section 8 rights are not being respected equally with respect to male and female persons. This violates section 28. To the extent that subsection 15(1) rights have not been validly qualified by subsection 15(2), they too may enjoy the further protection of section 28. But section 28 adds nothing here because such laws and practices are already invalid by virtue of sections 8 and 15. Section 28 would have a meaningful impact in this situation only if it were sought to justify such discrimination against men by reliance on section 1. In such case section 28 would preclude a section 1 limitation imposed on the section 8 or section 15 rights of men alone.

### Charter, section 1

This section provides

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

The defendants and respondent have relied in part on the *Canadian Human Rights Act* and the *Public Service Employment Act* [R.S.C. 1970, c. P-32], both of which prohibit discrimination in employment in the Public Service based on, *inter alia*, sex, as "limits prescribed by law" on the rights of male inmates which are justified pursuant to section 1.

It does not follow automatically from the provisions of these Acts which are to the effect that, in principle, women should have equal rights with men to employment in federal institutions, that such rights are exercisable without any regard for

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Je suis arrivé à la conclusion que cet article n'a pas d'effet important dans le cas présent.

J'ai dans une large mesure appuyé les fouilles effectuées par des personnes de sexe opposé. Mais comme des détenus de sexe masculin sont fouillés à nu ou surveillés dans leur cellule par des gardiennes en violation de l'article 8, alors que les prisonnières ne sont pas soumises à la même intrusion, les hommes et femmes ne bénéficient pas alors du même respect des droits qui leur sont conférés par l'article 8. Cette discrimination est une violation de l'article 28. Dans la mesure où les droits prévus au paragraphe 15(1) n'ont pas été valablement restreints par le paragraphe 15(2), ils peuvent également bénéficier de la protection additionnelle de l'article 28. Mais l'article 28 n'ajoute rien en l'espèce parce que ces lois et pratiques sont annulées par les articles 8 et 15. L'article 28 n'aurait une incidence importante dans le cas présent que si l'on cherchait à justifier une telle mesure discriminatoire contre les hommes en invoquant l'article 1. Dans ce cas, l'article 28 empêcherait que seuls les droits des hommes prévus aux articles 8 ou 15 soient assujettis à la restriction de l'article 1.

### f Article 1 de la Charte

Cet article prévoit:

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

Les défendeurs et l'intimé ont invoqué en partie la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, chap. P-32] qui interdisent toutes deux la discrimination en matière d'emploi dans la Fonction publique, fondée notamment sur le sexe, puisqu'il s'agit là «[d']une règle de droit, dans des limites» imposées aux droits des détenus et qui sont justifiées par l'article 1.

Il ne résulte pas automatiquement des dispositions de ces lois selon lesquelles les femmes devraient en principe avoir les mêmes droits que les hommes pour ce qui est d'obtenir un emploi dans des institutions fédérales, que ces droits peu-

the rights of others. I doubt that such provisions justify, for example, the employment of a female attendant in a men's washroom in the Langevin Building. Without more I am unable to see that these Acts constitute specific limits on inmate rights.

Apart from these statutes, the defendants and respondent have cited as relevant "limits prescribed by law" the *Penitentiary Service Regulations* and the Commissioner's Directives which I have already found to be in certain respects in conflict with the Charter. To the extent that those provisions were unsustainable under sections 8, 12, and 15 they are equally unsustainable under section 1 as no further justification for them has been demonstrated.

In particular, as I have indicated at various points earlier, the Commissioner's Directives cannot be regarded as "law" within the meaning of section 1. There is persuasive jurisprudence to this effect, based on the rationale that Commissioner's Directives are designed for the internal management of prison institutions. Their infringement may give rise to disciplinary action within the institution, but they create no legal rights or obligations.<sup>45</sup> Counsel for the defendants and respondent cited to me decisions of the Federal Court of Appeal which he contended refuted this jurisprudence. On examination I am satisfied these decisions<sup>46</sup> do no such thing and in fact expressly distinguish the situations dealt with there from the leading decision of four judges of the Supreme Court in *Martineau* to the effect that Commissioner's Directives are not law.

Therefore, such Directives cannot be regarded as legally effective to limit search powers nor can they be regarded as effective under section 1 as

<sup>45</sup> *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, at p. 129; *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud*, *supra* note 1, at p. 380.

<sup>46</sup> *Danch v. Nadon*, [1978] 2 F.C. 484 (C.A.), at pp. 505-506; *Laroche v. Commissioner of R.C.M.P.* (1981), 39 N.R. 407 (F.C.A.), at p. 424.

vent être exercés sans tenir compte des droits des autres. Je doute que ces dispositions justifient, par exemple, l'affectation d'une femme à la surveillance des toilettes réservées aux hommes dans l'immeuble Langevin. Sans plus d'indications, je ne peux pas voir comment ces lois imposent des limites spécifiques aux droits d'un détenu.

À part ces lois, les défendeurs et l'intimé ont cité, à titre de «règle de droit [qui impose] des limites», le *Règlement sur le service des pénitenciers* et les directives du commissaire, qui, comme je l'ai déjà déclaré, sont à certains égards, contraires à la Charte. Dans la mesure où ces dispositions sont insoutenables sous le régime des articles 8, 12 et 15, elles le sont également sous le régime de l'article 1, vu l'absence de toute autre justification en leur faveur.

En particulier, comme je l'ai déjà indiqué à différentes reprises, les directives du commissaire ne peuvent pas être considérées comme «une règle de droit» au sens de l'article 1. Il y a des arrêts de jurisprudence concluants à cet effet, qui se fondent sur le principe selon lequel les directives du commissaire visent à réglementer la gestion interne des établissements pénitentiaires. Toute infraction à ces directives peut entraîner des mesures disciplinaires au sein de l'établissement, mais elles ne créent aucun droit ni aucune obligation légale<sup>45</sup>. L'avocat des défendeurs et de l'intimé m'a cité des décisions de la Cour d'appel fédérale qui, selon lui, ont réfuté cette jurisprudence. Après avoir étudié lesdites décisions<sup>46</sup>, je suis convaincu qu'elles ne réfutent rien, et qu'en fait elles distinguent expressément les situations qui se sont présentées dans ces décisions de l'important jugement rendu par quatre juges de la Cour suprême, dans l'affaire *Martineau*, portant que les directives du commissaire ne sont pas une règle de droit.

Par conséquent, ces directives ne peuvent pas être considérées comme étant exécutoires de façon à limiter les pouvoirs en matière de fouille et elles

<sup>45</sup> *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la p. 129; *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud*, voir note 1, à la p. 380.

<sup>46</sup> *Danch c. Nadon*, [1978] 2 C.F. 484 (C.A.), aux p. 505 et 506; *Laroche c. Commissaire de la G.R.C.* (1981), 39 N.R. 407 (C.A.F.), à la p. 424.

“limits prescribed by law” for the purposes of limiting rights guaranteed by the Charter.

Canadian Bill of Rights, paragraph 1(b)

This section declares that there exists in Canada “without discrimination by reason of . . . sex . . .”

1. . . .

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law . . . .

Spearman relies on this paragraph because, as noted above, he admits that he is not entitled to claim under section 15 of the Charter. His counsel has stated in his written argument that:

. . . the refusal by the applicant to submit to the hand fan by the female was justified as a result of the protection of section 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

This of course relates to the required frisk search by a female officer to which Spearman refused to be subjected. I take his argument to mean that the use of female guards in male institutions for such purposes, when male guards are not used similarly in female institutions, denies him “equality before the law”.

With respect to the administrative programme involving the presence of female guards in male institutions performing functions not performed by male guards in a female prison, I do not think this provision assists Spearman. It is now well settled by the jurisprudence that paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* is not contravened if there is a “valid federal objective” to a law which makes such distinctions.<sup>47</sup> I accept that cross-gender frisk searching which I have held not to contravene sections 8 and 12 of the Charter may nevertheless impose a disadvantage on male prisoners which is not imposed on female prisoners in federal institutions. But I believe that result flows from the affirmative action programme which placed women officers in male institutions (because of the paucity of positions for women in the Women’s

<sup>47</sup> See *The Queen v. Beauregard*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 85-89.

ne peuvent pas non plus être considérées comme étant exécutoires sous le régime de l’article 1 à titre de «règle de droit, dans des limites» visant à restreindre les droits garantis par la Charte.

<sup>a</sup> Alinéa 1b) de la Déclaration canadienne des droits

Cet article dispose qu’il existe pour tout individu au Canada «quel[. . .]que soi[. . .]t . . . son sexe. . .»

<sup>b</sup>

1. . . .

b) le droit de l’individu à l’égalité devant la loi et à la protection de la loi . . . .

<sup>c</sup> Spearman s’appuie sur ce paragraphe, parce que, comme on l’a fait remarquer plus haut, il reconnaît qu’il ne peut pas se fonder sur l’article 15 de la Charte. Son avocat a déclaré dans sa plaidoirie écrite que:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] . . . le refus du requérant de se laisser toucher par la gardienne était justifié étant donné la protection que lui assure l’alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Cet argument se rapporte bien sûr à la fouille par palpation qui doit être effectuée par un agent de sexe féminin, et à laquelle Spearman a refusé de se soumettre. Il signifie, à mon avis, que l’embauche de gardiennes à de telles fins dans une prison pour hommes, alors que les gardiens ne peuvent exercer de telles fonctions dans les établissements pour femmes, le prive de son droit à «l’égalité devant la loi».

<sup>e</sup> En ce qui concerne le programme administratif faisant appel à la présence de gardiennes dans des prisons pour hommes où elles accomplissent des tâches qui ne sont pas confiées aux gardiens dans les prisons pour femmes, je ne pense pas que cette disposition appuie l’argument de Spearman. Il est maintenant reconnu par la jurisprudence que l’alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* n’est pas violé si une loi qui fait ces distinctions vise un «objectif fédéral régulier ou valable»<sup>47</sup>. J’admets que la fouille par palpation par des personnes de l’autre sexe, bien qu’elle n’enfreigne pas les articles 8 et 12 de la Charte, peut néanmoins causer aux prisonniers des inconvénients que n’ont pas à subir les détenues emprisonnées dans des établissements fédéraux. Mais je crois que c’est une conséquence du programme d’action positive

<sup>47</sup> Voir *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, aux p. 85 à 89.

Prison) in furtherance of a "valid federal objective" to provide equal opportunities for women in employment in the federal Public Service.

As for inequalities in the law itself, Spearman does not attack any particular statutory provision which creates such discrimination. It appears to me that subsection 41(3) of the *Penitentiary Service Regulations*, requiring that female persons may only be searched by female persons, does create such sexual discrimination. But in this case involving frisk searching it is in respect of a trivial intrusion on privacy. I do not believe that paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* is intended to proscribe inequality of trivial intrusions into human privacy, any more than is section 15 of the Charter.

#### CONCLUSIONS

##### Weatherall

It is clear that the strip search of Weatherall in the presence of a female guard was wrong, tested by the standards of both the Charter and of the Commissioner's Directives. It is obvious from the response to his complaint that the authorities recognized that there was no emergency as contemplated by section 14 of Commissioner's Directives 800-2-07.1 and that such an emergency was required to justify the presence of a female officer during the strip search of a male inmate. Counsel for the defendants at the trial conceded that the only justification for such circumstances would be an emergency and did not seek to defend what actually happened in this case.

The remedy which Weatherall seeks is not redress with respect to the wrongful search to which he was subjected, but instead a declaration as to the invalidity of the relevant Regulations and Commissioner's Directives. Counsel for the defendants has argued that those provisions are valid but were simply not properly applied in respect of Weatherall.

For the reasons which I have given above it is my view that the relevant provisions in the Regula-

en vertu duquel des gardiennes sont affectées à des prisons pour hommes (à cause du faible nombre de postes pour femmes dans les prisons pour femmes) aux fins de réaliser «un objectif fédéral valable» qui consiste à donner aux femmes des chances égales d'obtenir un emploi dans la Fonction publique fédérale.

Quant aux inégalités découlant de la loi elle-même, Spearman ne s'attaque pas à une disposition précise de la loi qui crée cette discrimination. Il me semble que le paragraphe 41(3) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, exigeant que les femmes ne soient fouillées que par des femmes, crée une telle discrimination fondée sur le sexe. Mais dans le cas présent qui concerne une fouille par palpation, il s'agit d'une intrusion négligeable dans la vie privée des prisonniers. Je ne crois pas que l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, pas plus que l'article 15 de la Charte, vise à empêcher une inégalité découlant d'une intrusion négligeable dans la vie privée d'êtres humains.

#### CONCLUSIONS

##### Weatherall

Il est manifeste que la fouille à nu de Weatherall, en présence d'une gardienne était illégale, selon les normes de la Charte et des directives du commissaire. D'après la réaction à sa plainte, il est évident que les autorités ont reconnu que ce n'était pas un cas d'urgence comme le prévoit l'article 14 de la Directive 800-2-07.1 du commissaire, et qu'il devait y avoir une telle urgence pour justifier la présence d'une gardienne pendant la fouille à nu d'un prisonnier. Au procès, l'avocat des défendeurs a admis qu'une situation d'urgence était la seule justification possible et il n'a pas cherché à expliquer ce qui s'est réellement passé.

En fait Weatherall ne cherche pas à obtenir réparation par suite de la fouille illégale à laquelle il a été soumis, mais il veut plutôt faire déclarer nuls le Règlement et les directives pertinentes du commissaire. L'avocat des défendeurs a soutenu que ces dispositions sont valides, mais qu'elles ont tout simplement été mal appliquées dans le cas de Weatherall.

Pour les raisons que j'ai données, je suis d'avis que les dispositions pertinentes du Règlement,

tions, paragraph 41(2)(c) and subsection 41(3), contravene the Charter in respect of strip searches. Paragraph 41(2)(c) gives a very broad power of searching which in my view purports to authorize what would amount to “unreasonable” strip searches as contemplated by section 8 of the Charter. The only criterion imposed for any kind of search of an inmate by a staff member is that such member must “consider[s] such action reasonable to detect the presence of contraband or to maintain the good order of an institution”. It does not require that such action be reasonably required for these purposes but only that a staff member “considers” it to be reasonable. While it would not be appropriate to require warrants in such situations the Regulations must, in the case of strip searches at least, be more precise. As I have indicated above, they could properly define situations where strip searching can be done as a matter of routine and perhaps other situations where non-routine general strip searching of a certain group can be done to deal with a particular situation. Beyond that, the Regulations should require that reasonable and probable grounds exist for believing that a particular inmate is in possession of contraband or other items endangering security. In cases other than routine strip searches the Regulations should specifically require either prior approval by a senior officer or a meaningful review by such officer of the reasons for, and conduct of, the search after it has taken place. Obviously other forms of safeguards and limitations could be devised so long as they meet the general requirements of section 8.

Further, subsection 41(3) is invalid because, when read with paragraph 41(2)(c), it discriminates on its face between male and female inmates. Nothing in the evidence convinces me that this is either consistent with section 15 of the Charter nor that it is justifiable under section 1 of the Charter.

Also for reasons stated above, I do not consider that the Regulations can in any way be saved by the restrictions which appear in the Commissioner’s Directives. Those restrictions are, as I have held, not adequate in their formulation, and more

c’est-à-dire l’alinéa 41(2)c) et le paragraphe 41(3) enfreignent la Charte en ce qui concerne les fouilles à nu de prisonniers. L’alinéa 41(2)c) confère un pouvoir très étendu en matière de fouille qui, à mon avis, tend à autoriser ce qui équivaldrait à des fouilles à nu «abusives» prévues par l’article 8 de la Charte. Le seul critère exigé pour ce genre de fouille d’un détenu par un membre du personnel est que ce dernier doit «considère[r] une telle mesure raisonnable et nécessaire pour déceler la présence de contrebande ou pour assurer le bon ordre au sein d’une institution». On n’exige pas que cette mesure soit raisonnablement nécessaire à ces fins, mais il faut seulement qu’un membre du personnel «considère» qu’elle est raisonnable. Certes, il n’y aurait pas lieu d’exiger des mandats dans de telles situations mais le Règlement doit, au moins dans le cas de fouilles à nu, être plus précis. Comme je l’ai indiqué plus haut, il pourrait préciser les cas où la fouille à nu peut être effectuée de façon routinière et d’autres cas où la fouille à nu générale d’un certain groupe de prisonniers peut être effectuée exceptionnellement pour faire face à une situation particulière. De plus, le Règlement devrait exiger qu’on a des motifs raisonnables et probables de croire qu’un détenu est en possession de contrebande ou d’autres articles menaçant la sécurité de la prison. Dans les cas autres que les fouilles à nu de routine, le Règlement devrait exiger expressément qu’un agent principal donne son autorisation préalable ou qu’il examine soigneusement les motifs et le déroulement de la fouille une fois qu’elle a eu lieu. On pourrait évidemment concevoir d’autres formes de garanties et de restrictions, pour autant qu’elles répondent aux exigences générales de l’article 8.

En outre, le paragraphe 41(3) est nul parce que, lorsqu’on le lit en corrélation avec l’alinéa 41(2)c), il est à première vue discriminatoire en ce qui concerne les détenus de sexe masculin et de sexe féminin. Rien dans la preuve ne peut me convaincre que cela est conforme à l’article 15 de la Charte, ou justifiable sous le régime de l’article 1 de la Charte.

De plus, pour les raisons que j’ai déjà énoncées, je ne crois pas que le Règlement puisse d’une façon ou de l’autre être sauvé par les restrictions qui figurent dans les directives du commissaire. Comme je l’ai dit précédemment, le libellé de ces



importantly they are not law and therefore do not restrict, as a matter of law upon which an inmate can rely, the wide powers of search conferred by paragraph 41(2)(c).

I therefore find that paragraph 41(2)(c) and subsection 41(3) of the *Penitentiary Service Regulations* are invalid insofar as they relate to strip searches.

I need not make any declaration as to the Commissioner's Directives, having regard to my conclusion that they are not law and in no way assist the defendants.

I have also concluded that the presence of female officers during a strip search of a male inmate, in a non-emergency situation, contravenes section 12 of the Charter because it is "cruel and unusual treatment", and as the existing regulation does not adequately limit this practice to emergency situations it is invalid for this reason as well.

The plaintiff is entitled to costs. Having regard to the possible wide-spread implications of this decision, and the fact that it can now have little practical impact on the plaintiff, I will leave it to the plaintiff to move for formal judgment either on consent or if necessary by contested motion. This will give the parties an opportunity to consider whether the judgment should be suspended pending appeal pursuant to Rule 341A [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as added by SOR/79-57)].

### Conway

As explained earlier I have concluded that much of what Conway complains about is trivial and not within the purview of the Charter. This is true of his complaint about cross-gender frisk searching and to some extent of his complaint about female guards patrolling the "actual living areas of male prisoners".

As for cross-gender frisk searching, I am unable to conclude that this is "unreasonable" within the meaning of section 8 of the Charter, given the inevitable loss of privacy which is implicit in the prison situation, the order and security require-

restrictions est inadéquat et, ce qui est plus important, elles n'ont pas force de loi; un détenu ne peut donc pas invoquer ces restrictions, comme une règle de droit, pour faire modifier les pouvoirs étendus de fouille conférés par l'alinéa 41(2)c).

J'estime, par conséquent que l'alinéa 41(2)c) et le paragraphe 41(3) du *Règlement sur le service des pénitenciers* sont nuls en ce qui concerne les fouilles à nu de détenus.

Je n'ai pas à me prononcer sur les directives du commissaire, ayant déjà conclu qu'elles n'ont pas force de loi et qu'elles ne sont d'aucune aide aux défendeurs.

J'ai également conclu que la présence de gardiennes durant la fouille à nu d'un détenu, lorsqu'il n'y a pas urgence, enfreint l'article 12 de la Charte parce que c'est un «traitement cruel et inusité»; et comme le règlement en vigueur ne limite pas cette pratique aux cas d'urgence, c'est une autre raison pour laquelle il est nul.

Le demandeur a droit aux frais et dépens. Compte tenu des répercussions considérables que cette décision pourrait avoir et comme elle ne peut maintenant avoir qu'une incidence pratique minimale sur le demandeur, je laisserai à ce dernier le soin de demander un jugement formel, soit sur consentement ou, s'il y a lieu, par voie de requête contestée. Cela permettra aux parties de voir si le jugement devrait être suspendu en attendant le pourvoi en appel conformément à la Règle 341A [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663 (ajoutée par DORS/79-57)].

### Conway

Comme je l'ai déjà expliqué, j'ai conclu que la plainte de Conway est en grande partie négligeable et n'entre pas dans le champ d'application de la Charte. Il en est ainsi de sa plainte au sujet des fouilles par palpation par des agents du sexe opposé, et dans une certaine mesure, de sa plainte au sujet des rondes de surveillance effectuées par des gardiennes dans les [TRADUCTION] «unités résidentielles des détenus».

Quant aux fouilles par palpation, je ne peux conclure que cette pratique est «abusive» au sens de l'article 8 de la Charte, étant donné la perte inévitable de la vie privée qui découle implicitement de l'emprisonnement, le bon ordre et les

ments of the institution, the relatively minor intrusion on personal integrity, and the benefit of providing employment opportunities for women. There was no evidence, nor is it part of Conway's case, that the searches are conducted in an improper fashion: it is his position that they are all simply unlawful no matter how conducted.

With respect to the patrolling of male living quarters by female guards, again there was no evidence of significant intrusions on privacy other than with respect to the surveillance of occupied cells. The evidence satisfied me that the modesty of male inmates was adequately protected in respect of shower facilities and in other situations outside their cells and that there is therefore no need for any declaration with respect to such matters. I have concluded, however, that in the context of Collins Bay Penitentiary, section 8 of the Charter protects inmates while in their cells from unexpected cross-gender viewing by guards for security reasons. In assessing the interests of both the inmates and the institution I have come to this conclusion because the evidence does not satisfy me that it is necessary, either for security reasons or for the effective employment of female officers, that they view inmates in their cells where such viewing is neither scheduled nor preceded by at least a minimal warning.

In my view the same result flows from the application of section 15 of the Charter. The affirmative action programme justified under subsection 15(2) which has enabled female officers to work at Collins Bay, even though male guards are not employed in the living areas of the Women's Prison at Kingston, justifies, by virtue of the opening words of subsection 15(2), any intrusion on the equality rights of male inmates under subsection 15(1) which are reasonably necessary to make that programme possible. I am not satisfied that it is reasonably necessary for female officers to make such unannounced visual searches of the cells of male inmates except in emergencies.

conditions de sécurité exigés en milieu carcéral, l'atteinte relativement peu importante à l'intégrité physique, et le fait d'assurer aux femmes l'accès à des emplois. Il n'y a aucune preuve, cela n'est d'ailleurs pas mentionné dans la plainte de Conway, que les fouilles sont effectuées d'une manière irrégulière: à son avis, elles sont tout simplement illégales, quelle que soit la façon dont elles sont effectuées.

*b*

En ce qui concerne les rondes de surveillance faites par des gardiennes dans les unités résidentielles des détenus, là encore aucune preuve n'indique qu'il y a eu des intrusions importantes dans la vie privée, si ce n'est la surveillance des cellules occupées par les détenus. Les témoignages m'ont convaincu que la pudeur des prisonniers était suffisamment respectée dans les douches et en dehors de leurs cellules et qu'il est donc inutile que je me prononce sur ces questions. Je suis toutefois arrivé à la conclusion que dans le contexte du pénitencier de Collins Bay, l'article 8 de la Charte protège les prisonniers lorsqu'ils sont dans leur cellule en empêchant les gardiennes de les observer à l'improviste pour des raisons de sécurité. En évaluant les intérêts des détenus et ceux de l'établissement, je suis arrivé à cette conclusion parce que la preuve ne me convainc pas qu'il est nécessaire, pour des raisons de sécurité ou pour permettre l'embauche de gardiennes, que celles-ci observent les détenus dans leur cellule lorsque cela n'est pas prévu ou n'est pas au moins précédé d'un avertissement minimal.

*g*

À mon avis, l'application de l'article 15 de la Charte donne le même résultat. Le programme d'action positive qui est autorisé par le paragraphe 15(2) et qui a permis à des agents de sexe féminin de travailler à la prison de Collins Bay, alors qu'il n'y a pas de gardiens dans les unités résidentielles de la prison pour femmes à Kingston, justifie, selon les termes figurant au début du paragraphe 15(2), une atteinte au droit des détenus d'être traités sur un pied d'égalité, droit qui leur est conféré par le paragraphe 15(1), lorsqu'une telle atteinte est raisonnablement nécessaire pour pouvoir mettre ce programme en œuvre. Je ne suis pas convaincu qu'il soit raisonnablement nécessaire que des gardiennes observent à l'improviste les cellules des détenus, sauf en cas d'urgence.

For reasons stated above, section 28 reinforces the finding of invalidity which I have made, based on sections 8 and 15 with respect to unannounced cross-gender viewing of inmates in their cells. Rights under section 8, and under subsection 15(1) (where not validly qualified by subsection 15(2)) must be accorded equally to males and females.

I will therefore issue a declaration that at Collins Bay Penitentiary it is unlawful, except in emergencies, for female officers to view male inmates in their cells where such viewing is neither scheduled nor preceded by a warning or announcement.

Conway made no attack on any statute, regulation, or Commissioner's Directive which may relate to this subject, so I make no finding with respect to any of these. As success is divided I will order no costs.

### Spearman

The procedural setting for Spearman's complaint is somewhat different. It involves an application for *certiorari* to quash a conviction entered against him by the respondent Disciplinary Tribunal of Collins Bay Penitentiary. The original notice of motion states as grounds for *certiorari* that the Chairman of the Tribunal made various errors going to jurisdiction in failing to consider issues of right to privacy and of sexual discrimination (involving, presumably, the Charter and the *Canadian Bill of Rights*). It was also alleged in the notice of motion that there was an error of jurisdiction because the Chairman had failed to consider whether the applicant had really violated a lawful order requiring him to submit to a frisk search by a female guard.

In his written argument, counsel for Spearman added additional grounds, in particular contending that because Spearman pleaded "guilty with an explanation" to the charge of a disciplinary offence, the Chairman should have treated that as a "not guilty" plea. Because counsel for the applicant had thus broadened the grounds of the attack

Pour les raisons susmentionnées, l'article 28 renforce la conclusion à laquelle je suis arrivé en me fondant sur les articles 8 et 15 et qui déclarait nulle l'observation à l'improviste de détenus dans leur cellule par des agents du sexe opposé. Les droits reconnus par l'article 8 et le paragraphe 15(1) (lorsqu'ils ne sont pas valablement restreints par le paragraphe 15(2)) doivent être accordés également aux hommes et aux femmes.

Je statue qu'au pénitencier de Collins Bay, les gardiennes ne peuvent pas légalement, sauf en cas d'urgence, observer des détenus dans leur cellule, lorsque cette observation n'est ni prévue ni précédée d'un avertissement ou d'une annonce.

Conway n'a contesté aucune loi, aucun règlement ni aucune directive du commissaire pouvant se rapporter à ce sujet, de sorte que je ne me prononce pas sur l'un ou l'autre d'entre eux. Étant donné le succès mitigé de la demande, je n'adjudge aucuns dépens.

### Spearman

La procédure applicable à la plainte de Spearman est un peu différente. Il s'agit d'une demande de *certiorari* en vue d'obtenir l'annulation d'une déclaration de culpabilité prononcée contre lui par l'intimé, le tribunal disciplinaire du pénitencier de Collins Bay. Dans l'avis de requête initial, le requérant invoque à l'appui de sa demande de *certiorari* que le président du tribunal a commis diverses erreurs de compétence en ne considérant pas les questions de droit à la protection de la vie privée et de la discrimination fondée sur le sexe (qui mettent probablement en jeu la Charte et la *Déclaration canadienne des droits*). Il était également allégué dans l'avis de requête que le président avait commis une erreur de compétence en ne se demandant pas si le requérant avait réellement violé un ordre légal lui enjoignant de se soumettre à une fouille par palpation devant être effectuée par une gardienne.

Dans son argumentation écrite, l'avocat de Spearman a invoqué d'autres motifs, prétendant notamment que lorsque Spearman a plaidé «coupable avec explication» concernant l'accusation d'infraction à la discipline, le président aurait dû conclure qu'il s'agissait d'un plaidoyer de «non-culpabilité». Parce que l'avocat du requérant a ainsi

on the decision of the Disciplinary Tribunal, counsel for the Tribunal asked that the Attorney General of Canada be added as a party and, this being agreed to by the applicant and approved by the Court, he proceeded to make arguments on behalf of the Attorney General.

Dealing first with these additional grounds for quashing, I have read the transcript of the hearing before the Tribunal and I think such grounds are insubstantial and vexatious. The basic fact is that Spearman pleaded guilty to the offence. His precise words were "guilty with an explanation". His counsel now argues that that is not a proper plea and therefore should have been treated as a "not guilty" plea. One does not expect, in disciplinary proceedings such as these, all the precision and formality of a court. Words can be given their normal meaning even though they may not be chosen as precisely as one would require under a formal plea to a *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] charge. I believe the normal meaning of the words "guilty with an explanation" would by most people be understood to be that the speaker acknowledged his guilt but wished to explain the circumstances which could mitigate the sentence. This is precisely what Spearman proceeded to do during this hearing. I think it was reasonable for the Chairman of the Tribunal to assume that the applicant, who presumably has had at least one previous experience in court, meant what he said when he employed the word "guilty". The record shows that the Chairman listened to the applicant's concerns about cross-gender frisk searches and explained to him the proper way to seek to have this practice changed.

With respect to the defences—right of privacy and the right not to be discriminated against—which the applicant says should have been considered, I have found that in respect of frisk searching these "defences" have no validity. I have concluded above that any intrusion on privacy, or any inequality resulting as between the sexes, resulting from frisk searches are trivial and do not invalidate the practice or the Regulations under

élargi les motifs pour lesquels il attaquait la décision du tribunal disciplinaire, l'avocat du tribunal a demandé que le procureur général du Canada soit mis en cause; cette demande ayant été acceptée par le requérant et approuvée par le tribunal, l'avocat a entrepris de présenter des arguments pour le compte du procureur général.

En ce qui concerne d'abord ces motifs supplémentaires d'annulation, j'ai lu la transcription de l'audience devant le tribunal, et j'estime que ces motifs sont mal fondés et vexatoires. Le fait essentiel est que Spearman a plaidé coupable d'avoir commis cette infraction. Il a dit exactement ceci: «coupable avec explication». Son avocat soutient que ce n'est pas le plaidoyer approprié et que, par conséquent, il aurait dû être traité comme un plaidoyer «de non-culpabilité». Dans des procédures disciplinaires de ce genre, on ne peut pas s'attendre à toute la précision et à tout le formalisme juridique d'un tribunal. On peut donner aux mots leur signification normale, même s'ils ne peuvent pas être choisis avec la même précision qui serait exigée d'un plaidoyer formel en réponse à une accusation portée aux termes du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34]. Je crois que pour la plupart des gens, «coupable avec explication» veut dire que l'accusé reconnaît sa culpabilité, mais qu'il désire expliquer les circonstances qui pourraient contribuer à atténuer la sévérité de la peine. C'est précisément ce qu'a fait Spearman pendant l'audience. Je pense que le président du tribunal a agi raisonnablement en supposant que le requérant, qui avait probablement comparu au moins une fois devant un tribunal, savait ce qu'il disait lorsqu'il a employé le terme «coupable». Le dossier montre que le président a écouté les doléances du requérant au sujet des fouilles par palpation effectuées par des agents du sexe opposé et lui a expliqué la façon appropriée de procéder pour faire changer cette pratique.

Pour ce qui est du droit à la protection de la vie privée et du droit de ne pas être l'objet de discrimination qui, selon le requérant, auraient dû être pris en considération, j'ai statué qu'en ce qui concerne la fouille par palpation, ces «moyens de défense» sont mal fondés. J'ai conclu que toute intrusion dans la vie privée, toute inégalité entre les sexes résultant des fouilles par palpation sont négligeables et n'invalident ni cette pratique ni le Règle-

which it is carried out. Therefore the Chairman of the Tribunal did not exceed his jurisdiction in failing to take such matters into account. There was no other basis for impugning the validity of the order which Spearman disobeyed.

As I have found that there was no jurisdictional impediment based on the Charter or the *Canadian Bill of Rights* to the Chairman dealing with this matter, and as the applicant pleaded guilty to the charge, there is nothing further that can or should be done by way of *certiorari*. It is arguable that a charge might better have been laid for failure to obey a lawful order, rather than one for disobeying a regulation or rule. The applicant not having taken that objection at the hearing, I would not exercise my discretion in the matter of *certiorari* to quash the conviction on this ground. The plea of guilty also, in my view, wipes out any basis for the applicant now asserting that he did not think any order had been issued by the guard—if indeed, that is what he is now asserting.

The application will therefore be dismissed with costs.

ment en vertu duquel elles sont exécutées. Par conséquent, le président du tribunal n'a pas excédé sa compétence en omettant de tenir compte de ces éléments. Il n'y avait aucun autre motif de contester la légitimité de l'ordre auquel Spearman a désobéi.

Puisque j'ai conclu qu'aucune disposition de la Charte ou de la *Déclaration canadienne des droits* n'empêchait le président de connaître de cette question et comme le requérant a plaidé coupable à la suite de l'accusation, il n'y a rien d'autre qui peut ou doit être fait par voie de *certiorari*. On peut soutenir qu'il aurait mieux valu porter une accusation d'avoir désobéi à un ordre légal plutôt qu'à un règlement ou à une règle. Comme le requérant n'a pas soulevé d'objection à cet effet au cours de l'audience, je n'exercerai pas mon pouvoir discrétionnaire, en ce qui concerne le bref de *certiorari*, qui m'aurait permis d'annuler la déclaration de culpabilité pour cette raison. À mon avis, le plaidoyer de culpabilité empêche le requérant d'affirmer qu'il ne pensait pas qu'un gardien lui avait donné un ordre, si c'est vraiment ce qu'il affirme maintenant.

La présente demande est donc rejetée avec dépens.