

A-724-87

A-724-87

**Attorney General of Canada, Solicitor General of Canada, and Commissioner of Corrections (Appellant) (Defendants)**

v.

**Garnet Clarence Weatherall (Respondent) (Plaintiff)**

**INDEXED AS: WEATHERALL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)**

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Lacombe JJ.—Toronto, May 30 and 31; Ottawa, June 28, 1988.

*Penitentiaries — Convict strip searched for contraband with female guard as witness — Seeking declaration rights under Charter s. 8 infringed — Trial Judge declaring Penitentiary Service Regulations, s. 41(2)(c), (permitting strip searches of any inmate by any member of Service) inoperative in so far as authorizes strip searching in general — S. 41(2)(c) inoperative in so far as authorizes strip searches of male inmates in presence of female guard in non-emergency situation, as contrary to Charter, s. 8 — Commissioner's Directive, s. 14 not reasonable limit prescribed by law — S. 41(2)(c) not reasonable standing alone as fails to specify criteria for searching inmates — Additional controls required in legislation but peculiarities of prison life rendering difficult definition of emergency situations.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Search or seizure — Penitentiary Service Regulations, s. 41(2)(c), permitting any member of Service to search any inmate inconsistent with Charter, s. 8 to extent authorizing strip searching male inmates in presence of female guard in non-emergency situations — Commissioner's Directive, s. 14 not qualifying s. 41(2)(c) as not law — S. 41(2)(c) not reasonable as fails to specify criteria for control of searches — Controls in Regulations desirable but peculiarities of prison life presenting difficulties in developing precise, yet flexible, definition of emergency situation.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Penitentiary Service Regulations, s. 41(2)(c) permitting search of any inmate by any member of Service when considered reasonable — Commissioner's Directive, s. 14 limiting strip searches of male inmates by female guards to urgent circumstances not reasonable limit prescribed "by law" within Charter, s. 1 — Martineau et al. v. Matsqui Institution*

**Procureur général du Canada, Solliciteur général du Canada et Commissaire aux services correctionnels (appelant) (défendeurs)**

c.

**Garnet Clarence Weatherall (intimé) (demandeur)**

**RÉPERTORIÉ: WEATHERALL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Lacombe—Toronto, 30 et 31 mai; Ottawa, 28 juin 1988.

*Pénitenciers — La fouille à nu pratiquée aux fins de découvrir de la contrebande sur la personne d'un détenu a eu pour témoin un gardien de sexe féminin — Ce détenu a sollicité un jugement déclaratoire portant que les droits que lui reconnaît l'art. 8 de la Charte ont été violés — Le juge de première instance a déclaré que l'art. 41(2)(c) du Règlement sur le service des pénitenciers (qui autorise la fouille à nu de tout détenu par tout membre du service) est inopérant dans la mesure où il autorise les fouilles à nu de façon générale — L'art. 41(2)(c) est inopérant parce que contraire à l'art. 8 de la Charte dans la mesure où il autorise les fouilles à nu de détenus de sexe masculin en présence de gardiens de sexe féminin — L'art. 14 de la Directive du Commissaire ne constitue pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit — L'art. 41(2)(c) n'est pas raisonnable lorsque considéré isolément puisqu'il omet de préciser les critères applicables aux fouilles de détenus — Les dispositions législatives visées devraient prévoir des moyens de contrôle additionnels mais les particularités de la vie en prison rendent difficile la définition des situations d'urgence.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Fouilles, perquisitions ou saisies — L'art. 41(2)(c) du Règlement sur le service des pénitenciers, qui autorise tout membre du service à fouiller tout détenu, est incompatible avec l'art. 8 de la Charte dans la mesure où il autorise la fouille à nu des détenus du sexe masculin en présence de gardiens de sexe féminin dans des situations autres que des situations d'urgence — L'art. 14 de la Directive du Commissaire ne peut assortir l'art. 41(2)(c) d'une réserve puisque l'art. 14 ne constitue pas une règle de droit — L'art. 41(2)(c) n'est pas raisonnable puisque qu'il omet de préciser des critères de contrôle des fouilles ou perquisitions — Il est souhaitable que des moyens de contrôle soient prévus dans le Règlement, mais les particularités de la vie en prison rendent difficile l'élaboration d'une définition à la fois précise et souple de la situation d'urgence.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — L'art. 41(2)(c) du Règlement sur le service des pénitenciers autorise la fouille de tout détenu par tout membre du service lorsqu'une telle mesure est considérée raisonnable — L'art. 14 de la Directive du Commissaire limitant les fouilles à nu de détenus de sexe masculin par des gardiens de sexe féminin aux circonstances d'urgence ne constitue pas une*

*Inmate Disciplinary Board, wherein Commissioner's Directive held not law, binding though Penitentiary Act, s. 29(3) authorizing Commissioner to issue such directives — Directives not required to go through legislative process — Not intended to carry serious legal import of Regulations — S. 41(2)(c) not "reasonable" as failed to set down specific criteria for searching inmates — Additional controls in Regulations desirable.*

*Practice — Pleadings — Convict strip searched in presence of female guard — Seeking declaration s. 8 Charter rights violated — Judge declaring Regulations permitting strip searches of any inmate by any member of Service inoperative — Judge exceeding issue defined in pleadings — Purpose of pleadings to define issues, give notice of case to be met — Appellant unaware Charter s. 8 relied on for general attack on validity of Regulations — Neither adducing evidence nor presenting argument — Pleadings put in issue only validity of provisions authorizing strip searches of male convicts in presence of female guards — Judgment varied accordingly.*

This was an appeal from a trial judgment declaring paragraph 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations* inoperative. That paragraph provided that any member of the Penitentiary Service may search any inmate where such action is considered reasonable to detect the presence of contraband or to maintain the good order of an institution. Paragraph 14 of the Commissioner's Directive provided that a male inmate may be searched by a female member in urgent circumstances. In the case at bar, the facts were that as the respondent, an inmate at the Joyceville Institution, was leaving the visiting area, he and another convict were each strip searched by a male guard, while a female guard served as a witness. The Trial Judge held that paragraph 41(2)(c) of the Regulations was inoperative as inconsistent with Charter, section 8, in so far as it authorized any strip searching of penitentiary inmates. The appellant argued that (1) the Trial Judge erred in that the issue raised by the pleadings was limited to the strip search of a male inmate by or in the presence of a female guard. The judgment was therefore rendered on an issue which the appellant had no opportunity of meeting by other evidence or argument; (2) the Trial Judge erred in concluding that paragraph 41(2)(c) of the Regulations and paragraph 14 of the Commissioner's Directive were inconsistent with section 8 of the Charter to the extent that, together, they purported to authorize the strip searching of a male inmate by or in the presence of a female guard in emergency situations; (3) the Trial Judge erred in concluding that the Commissioner's Directive did not have the force of law, and that it did not qualify the general search power in paragraph 41(2)(c) of the Regulations. The appellant argued that paragraph 14 of the Commissioner's Directive represented a reasonable limit prescribed by law within section 1 of the Charter. It was argued that *Martineau et al. v. Matsqui*

*limite raisonnable prescrite «par une règle de droit» au sens de l'art. 1 de la Charte — Aux termes de l'arrêt Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui, qui lie le tribunal, les Directives du Commissaire ne constituent pas des règles de droits même si l'art. 29(3) autorise le Commissaire à énoncer des directives — L'adoption des directives n'a pas à se faire au moyen d'un processus législatif — Celles-ci ne sont pas destinées à avoir l'importance juridique des règlements — L'art. 41(2)(c) n'était pas «raisonnable» puisqu'il omettait d'énoncer des critères précis à l'égard des fouilles de détenus — Il est souhaitable que des contrôles additionnels soient prévus au Règlement.*

*Pratique — Plaidoiries — Un détenu a été fouillé à nu en présence d'un gardien de sexe féminin — Il a demandé le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que les droits que lui confère l'art. 8 de la Charte avaient été violés — Le juge a déclaré que les dispositions du Règlement autorisant les fouilles à nu d'un détenu par un membre du service étaient inopérantes — Ce juge a statué au-delà de la question définie dans les actes de procédure — Les actes de procédure ont pour but de définir les questions débattues et d'aviser la partie adverse de l'argumentation à laquelle elle aura à faire face — L'appellant ne savait pas que l'art. 8 de la Charte était invoqué à l'appui d'une contestation générale de la validité du Règlement — Il n'a présenté aucun élément de preuve et aucune argumentation à cet égard — Les actes de procédure ne contestaient que la validité des dispositions autorisant la fouille à nu de détenus de sexe masculin en présence de gardiens de sexe féminin — Jugement modifié en conséquence.*

Appel est interjeté d'un jugement de la Division de première instance déclarant inopérant l'alinéa 41(2)(c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*. Cet alinéa prévoit qu'un membre du service des pénitenciers peut fouiller un détenu 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 de la Directive du Commissaire prévoit qu'un détenu de sexe masculin peut être fouillé par un membre de sexe féminin dans les cas d'urgence. Les faits de l'espèce sont les suivants: comme l'intimé, un détenu de l'établissement de Joyceville, quittait l'aire des visites, lui-même et un autre détenu ont été soumis à une fouille à nu qui, effectuée par un gardien de sexe masculin, a eu pour témoin un gardien de sexe féminin. Le juge de première instance a conclu que l'alinéa 41(2)(c) du Règlement était inopérant parce qu'incompatible avec l'article 8 de la Charte, dans la mesure où il autorisait de façon générale la fouille à nu des détenus de pénitenciers. L'appellant a soutenu que (1) le juge de première instance s'est trompé en ce que, devant des plaidoiries soulevant une question litigieuse qui se limitait à la fouille à nu d'un détenu de sexe masculin par un gardien de sexe féminin ou en présence de celui-ci, il a rendu un jugement portant sur une question au sujet de laquelle l'appellant n'avait pas eu la chance de présenter d'autres éléments de preuve ou arguments; (2) le juge de première instance s'est trompé en concluant que l'alinéa 41(2)(c) du Règlement et le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire sont incompatibles avec l'article 8 de la Charte dans la mesure où ces dispositions, interprétées ensemble, visent à autoriser une fouille à nu d'un détenu de sexe masculin par un gardien de sexe féminin ou en présence de ce gardien dans les cas d'urgence; (3) le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la

*Institution Inmate Disciplinary Board* did not apply because it dealt with whether a decision was one required "by law" to be made on a judicial or quasi-judicial basis within section 28 of the *Federal Court Act*. Furthermore, it was urged that the limit in paragraph 14 was "prescribed by law" because subsection 29(3) of the *Penitentiary Act* specifically authorized the Commissioner to make rules, known as directives, for the good government of penitentiaries; (4) the Trial Judge erred in concluding that paragraph 14 was not a "reasonable" limit prescribed by law within section 1 of the Charter.

*Held*, the appeal should be allowed in part.

The issue raised in the pleadings was that the presence of a female guard denied the plaintiff (respondent) a right to be secure against unreasonable search and seizure guaranteed by the Charter, section 8 and that accordingly paragraph 41(2)(c) of the Regulations and paragraph 14 of the Commissioner's Directive, being inconsistent with the right so guaranteed, are, to the extent of the inconsistency, of no force and effect. The prayer for relief must be read as referring to the material facts, or the strip search that occurred, not to strip searches in general. Pleadings intended to define the issues and to give notice of the case to be met. The appellant was clearly prejudiced by the pleadings which did not put the strip searching of inmates in general in issue. The possible application of Charter, section 8 could only be addressed in the context of the pleadings which only put in issue the validity of those paragraphs to the extent that they authorized strip searching of male inmates in the presence of a female guard.

As to the second issue, the Trial Judge was forced to examine paragraph 41(2)(c) of the Regulations from a reasonability standpoint alone, because he had found that paragraph 14 of the Commissioner's Directive could not qualify paragraph 41(2)(c) because the former was not "law".

Thus, regarding the third issue, the Trial Judge correctly followed the *Matsqui* case, wherein it was held that a Commissioner's Directive was not law, even though the Directive's adoption was provided for in the statute. The Directive came into being without going through any legislative process, and may be altered or varied without such process. Directives are mere "directions as to the manner . . . duties" are to be carried out. From the language used to authorize their adoption, when compared with the regulation-making power in subsection 29(1) of the Act, it is apparent that directives were not intended to carry anything like the serious legal import of the Regulations.

Directive du Commissaire n'a pas force de loi et, en conséquence, n'assortit pas de réserves le pouvoir général sur les fouilles visé à l'alinéa 41(2)c) du Règlement. L'appellant a soutenu que le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire constituait une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article 1 de la Charte. Il a été soutenu que l'arrêt *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui* ne s'applique pas à l'espèce parce qu'il traitait de la question de savoir si une décision était de celles qui sont «légalement» soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire au sens de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. De plus, il a été prétendu que la limite prévue au paragraphe 14 est «prescrite par une règle de droits» par le fait que le paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers* autorisait expressément le Commissaire à établir des règles, connues sous le nom de Directives du Commissaire, concernant la direction judiciaire des pénitenciers; 4) le juge de première instance s'est trompé en concluant que le paragraphe 14 ne constitue pas une limite «raisonnable» prescrite par une règle de droit au sens de l'article 1 de la Charte.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli en partie.

La question soulevée dans les plaidoiries portait que la présence d'un gardien de sexe féminin avait privé le demandeur (l'intimé) du droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que lui garantissait l'article 8 de la Charte et que, en conséquence, l'alinéa 41(2)c) du Règlement et le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire, étant incompatibles avec le droit ainsi garanti, étaient inopérants dans la mesure de cette incompatibilité. La demande de redressement doit s'interpréter comme renvoyant aux faits pertinents, ou à la fouille à nu qui a effectivement été pratiquée, plutôt qu'aux fouilles à nu en général. Les actes de procédure sont destinés à définir les questions débattues et à aviser la partie adverse de l'argumentation à laquelle elle aura à faire face. Les actes de procédure ont causé un préjudice évident à l'appellant en ne soulevant pas la question des fouilles à nu de détenus en général. L'applicabilité de l'article 8 de la Charte ne pouvait être discutée que dans le contexte des actes de procédure produits en l'espèce et ceux-ci ne contestaient la validité de ces paragraphes que dans la mesure où ils autorisaient la fouille à nu des détenus de sexe masculin en présence d'un gardien de sexe féminin.

En ce qui a trait à la seconde question, le juge de première instance était obligé d'examiner l'alinéa 41(2)c) du Règlement en ne considérant que la question de son caractère raisonnable, puisqu'il avait conclu que le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire, ne constituant pas une «règle de droit», ne pouvait assortir de réserves l'alinéa 41(2)c).

En conséquence, concernant la troisième question, le juge de première instance a eu raison de suivre l'arrêt *Matsqui*, dans lequel il était conclu que la Directive du Commissaire ne constituait pas une règle de droit même si son adoption était prévue dans la Loi. La Directive a été adoptée sans que n'intervienne un processus législatif, et elle peut être modifiée sans avoir recours à un tel processus. Les directives sont de simples «instructions relatives à l'exécution de . . . fonctions». Il ressort à l'évidence des termes utilisés pour autoriser leur adoption, lorsqu'on les compare aux dispositions prévoyant le pouvoir d'adopter des règlements du paragraphe 29(1) de la Loi, que les directives n'ont aucunement été destinées à avoir une importance juridique proche de celle du Règlement.

Returning to the second issue, nothing on the face of paragraph 41(2)(c) limits the strip searching of male inmates by or in the presence of a female guard to emergency situations. The Trial Judge found it unreasonable because it failed to set down specific criteria for searching inmates. He concluded that additional controls were required in the Regulations, be it a reasonable and probable belief, or prior authorization. The peculiarities of prison life and the special problems they present to prison administrators discharging their responsibility for "safety and security" of the institution must not be overlooked. These administrators are entitled to some deference in adopting and applying policies and practices required for the maintenance of order and security, and for the safety and protection of inmates and staff. The authority contained in paragraph 41(2)(c) is limited to situations where a member considers that the action is "reasonable". Such searches must also be *bona fide*. They cannot be used to intimidate, humiliate or harass inmates or to inflict punishment. A meaningful post-review process should also be available so that any abuses may be detected at an early opportunity.

As to whether and, if so, how "emergency situations" may be defined in the Regulations, having regard to section 8 of the Charter, the difficulty of developing a definition of emergency situations based upon specific criteria that would be sufficiently clear and precise and yet be workable was noted. To insist upon a definition of emergency situations that was limited to specific types (such as riots) would be to inject the Court's judgment into the sphere of responsibility properly vested in the institutional head. Though situations of that kind should be specified, the definition should also allow for unforeseen situations where strip searching of a male inmate by or in the presence of a female guard requires immediate implementation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 7, 8, 12, 15(1).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.  
*Penitentiary Act*, S.C. 1960-61, c. 53, s. 29(3).  
*Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, s. 29(1) (as am. by S.C. 1976-77, c. 43, s. 44), (3).  
*Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, ss. 5, 41(2)(c) (as am. by SOR/80-462, s. 1), (3) (as added *idem*).  
*U.S. Constitution*, Amend. IV.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corporation*,

Pour en revenir à la seconde question, à la lecture de l'alinéa 41(2)(c), rien n'apparaît limiter la fouille à nu des détenus de sexe masculin par des gardiens de sexe féminin ou en leur présence aux situations d'urgence. Le juge de première instance a conclu que cette disposition n'était pas raisonnable parce qu'elle omettait d'établir des critères précis à l'égard des fouilles des détenus. Il a conclu que le Règlement devait prévoir des contrôles additionnels, qu'il s'agisse de la nécessité d'établir l'existence de soupçons fondés sur un motif raisonnable et probable, ou qu'il s'agisse d'une autorisation préalable. Les particularités de la vie carcérale et les problèmes spécifiques qu'elle soulève pour les administrateurs de prisons qui s'acquittent de leur responsabilité d'assurer «la sûreté et... la sécurité» de l'institution ne doivent pas être oubliés. Ces administrateurs ont droit à une certaine latitude dans l'adoption et dans l'application des politiques et des pratiques requises pour le maintien de l'ordre et de la sûreté, ainsi que pour la sécurité et la protection des détenus comme du personnel. L'autorité conférée par l'alinéa 41(2)(c) est limitée aux situations dans lesquelles un membre considère que la mesure visée est «raisonnable». De telles fouilles doivent également être pratiquées de bonne foi. Elles ne peuvent avoir pour but d'intimider, d'humilier ou de harceler les détenus ou de leur infliger une punition. Une procédure effective de révision devrait également être accessible de manière à permettre une prompt découverte des abus.

Au sujet de la question de savoir si l'expression «situations d'urgence» peut être définie dans le Règlement, et le cas échéant, comment elle pourrait l'être, eu égard à l'article 8 de la Charte, il est noté qu'il apparaît difficile d'élaborer une définition des situations d'urgence fondée sur des critères spécifiques qui serait tout à la fois suffisamment claire, précise et applicable. En insistant sur une définition des situations d'urgence qui serait limitée à certaines catégories d'urgence (comme les émeutes), la Cour introduirait son jugement dans la sphère des responsabilités assignées, comme il se doit, aux chefs d'institutions. Bien que des situations de ce type devraient être précisées, la définition à adopter aurait également à tenir compte de l'existence de situations imprévues où la fouille à nu de détenus de sexe masculin par un gardien de sexe féminin ou en sa présence doit être pratiquée de façon immédiate.

#### 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(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28.  
*Loi sur les pénitenciers*, S.C. 1960-61, chap. 53, art. 29(3).  
*Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, art. 29(1) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 43, art. 44), (3).  
*Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, art. 5, 41(2)(c) (mod. par DORS/80-462, art. 1), (3) (ajouté, *idem*).  
*U.S. Constitution* Amend. IV.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corporation*,

[1956] A.C. 218 (H.L.); *Grummett v. Rushen*, 779 F.2d 491 (9th Cir. 1985); *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118.

## DISTINGUISHED:

*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175 (C.A.).

## REVERSED:

*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; (1987), 11 F.T.R. 279 (T.D.).

## CONSIDERED:

*R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979); *R. v. J.M.G.* (1986), 56 O.R. (2d) 705 (C.A.); *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.); *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (1962); *Sterling v. Cupp*, 625 P.2d 123 (Or. 1981).

## REFERRED TO:

*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Re Maltby et al. and Attorney-General of Saskatchewan et al.* (1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (Sask. Q.B.); aff'd (1984), 13 C.C.C. (3d) 308 (Sask. C.A.); *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre, Attorney General of Alberta and Solicitor General of Alberta* (1984), 48 A.R. 31 (Q.B.).

## AUTHORS CITED

Williston, W. B. and Rolls, R. J. *The Law of Civil Procedure*, Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970.

## COUNSEL:

*J. Grant Sinclair, Q.C.* and *Michael Sherman* *h* pour appellant (defendants).  
*Ronald R. Price, Q.C.* for respondent (plaintiff).

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* pour appellant (defendants).  
*Faculty of Law, Queen's University*, Kingston, Ontario, for respondent (plaintiff). *i*

[1956] A.C. 218 (H.L.); *Grummett v. Rushen*, 779 F.2d 491 (9th Cir. 1985); *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.

## DÉCISION DISTINGUÉE:

*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175 (C.A.).

## DÉCISION INFIRMÉE:

*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; (1987), 11 F.T.R. 279 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979); *R. v. J.M.G.* (1986), 56 O.R. (2d) 705 (C.A.); *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.); *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (1962); *Sterling v. Cupp*, 625 P.2d 123 (Or. 1981).

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Re Maltby et al. and Attorney-General of Saskatchewan et al.* (1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (B.R. Sask.); confirmée (1984), 13 C.C.C. (3d) 308 (C.A. Sask.); *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre, Attorney General of Alberta and Solicitor General of Alberta* (1984), 48 A.R. 31 (B.R.). *f*

## DOCTRINE

Williston, W. B. and Rolls, R. J. *The Law of Civil Procedure*, Vol. 2, Toronto: Butterworths, 1970.

## AVOCATS:

*J. Grant Sinclair, c.r.* et *Michael Sherman* pour l'appellant (défendeurs).  
*Ronald R. Price, c.r.* pour l'intimé (demandeur).

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant (défendeurs).  
*Faculté de droit, Queen's University*, Kingston (Ontario) pour l'intimé (demandeur).

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

STONE J.: This is an appeal from a judgment of Strayer J. in the Trial Division rendered on August 19, 1987<sup>1</sup> whereby he declared paragraph 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251 [as am. by SOR/80-462, s. 1] to be

(i) inoperative as being inconsistent with the right guaranteed in section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, insofar as it authorizes the strip searching of penitentiary inmates;

(ii) inoperative and of no force and effect as being inconsistent with the right guaranteed in section 12 of the Charter, insofar as it authorizes the strip searching of a male penitentiary inmate by or in the presence of a female guard in a non-emergency situation.

and section 41(3) [as added *idem*] of the same Regulations to be inoperative and of no force or effect as being inconsistent with a right guaranteed in subsection 15(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. An attack on paragraph 41(2)(c) and on paragraph 14 of the Commissioner's Directive based upon section 7 of the Charter, was rejected.

Sections 7, 8 and 12 and subsection 15(1) of the Charter read:

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.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

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

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.

Paragraph 41(2)(c) of the Regulations reads:

41. ...

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

<sup>1</sup> [1988] 1 F.C. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; (1987), 11 F.T.R. 279 (T.D.).

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

LE JUGE STONE: Appel est interjeté d'un jugement prononcé par le juge Strayer en Division de première instance le 19 août 1987<sup>1</sup> dans lequel ce juge a statué que l'alinéa 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251 [mod. par DORS/80-462, art. 1] est

(i) inopérant parce qu'incompatible avec le droit garanti à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il autorise la fouille à nu des détenus de pénitenciers;

(ii) inopérant et sans aucune force ni effet parce qu'incompatible avec le droit garanti par l'article 12 de la Charte, dans la mesure où il autorise la fouille à nu d'un détenu de pénitencier de sexe masculin par un gardien de sexe féminin ou en sa présence dans une situation où il n'y a pas d'urgence.

et que le paragraphe 41(3) [ajouté, *idem*] de ce même Règlement est inopérant et sans aucune force ni effet parce qu'incompatible avec un droit garanti au paragraphe 15(1) de la Charte [*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.)]. Un moyen fondé sur l'article 7 de la Charte attaquant la validité de l'alinéa 41(2)c) du Règlement et du paragraphe 14 de la Directive du Commissaire a été rejeté.

Les articles 7, 8 et 12 et le paragraphe 15(1) de la Charte sont ainsi libellés:

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.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

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

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.

L'alinéa 41(2)c) du Règlement est rédigé de la manière suivante:

41. ...

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

<sup>1</sup> [1988] 1 C.F. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; (1987), 11 F.T.R. 279 (1<sup>re</sup> inst.).

(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; and

The provisions of paragraph 14 of the Commissioner's Directive are:

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.

The issues raised on this appeal emerge out of an incident which occurred on June 13, 1985 while the respondent was an inmate of the Joyceville Institution serving a long-term sentence. He had been just paid a visit by his wife when, upon leaving the visit area with another inmate, he was ordered to submit to a strip search<sup>2</sup> in an adjoining room. The purpose of the search was to look for contraband. What then occurred is described by the Trial Judge, at pages 377 F.C.; 253-254 C.R.; 284-285 F.T.R. of his reasons for judgment:

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.

<sup>2</sup> This is defined in paragraph 7 of Commissioner's Directive 800-2-07.1 adopted pursuant to subsection 29(3) of the *Penitentiary Act*, S.C. 1960-61, c. 53 as amended, as

... a procedure which requires a person to undress completely and be searched visually but not touched except for head hair. In addition, all clothing and possessions are searched.

A less serious procedure is defined therein as a "frisk search", while a more serious kind, called a "body cavity search", requires that a person, while undressed, "... be searched by hand, including an examination of all body openings".

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; et

Les dispositions du paragraphe 14 de la Directive du Commissaire sont les suivantes:

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.

Les questions soulevées dans le cadre du présent appel partent d'un incident survenu le 13 juin 1985 alors que l'intimé était un détenu de l'établissement de Joyceville purgeant une peine de longue durée. Il venait de recevoir la visite de sa femme; quittant l'aire des visites, il s'est vu ordonner de se soumettre à une fouille à nu<sup>2</sup> dans une salle voisine. Cette fouille avait pour objet la recherche d'objets détenus illégalement. L'incident qui s'est alors produit est décrit par le juge de première instance aux pages 377 C.F.; 253 et 254 C.R.; 284 et 285 F.T.R. de ses motifs de jugement:

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.

<sup>2</sup> Cette expression est définie de la manière suivante au paragraphe 7 de la Directive du Commissaire 800-2-07.1, qui a été adoptée conformément au paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, S.C. 1960-61, chap. 53 et ses modifications:

... une procédure selon laquelle une personne doit se déshabiller complètement et être examinée visuellement, mais sans être touchée, à l'exception des cheveux. De plus, tous les vêtements et les effets personnels sont fouillés.

Une procédure moins sévère prévue par ce paragraphe est désignée par l'expression «fouille par palpation», tandis qu'une fouille plus sévère que la «fouille à nu», appelée «examen des cavités corporelles», exige que la personne fouillée se déshabille et soit «... soumise à une fouille à la main ainsi qu'à un examen de toutes les cavités corporelles».

In a complaint lodged with the Institution, the respondent asserted that the search was contrary to paragraph 14 of the Commissioner's Directive permitting a female guard to conduct the search in "urgent circumstances". In due course, the complaint was upheld on the basis that no emergency existed at the time the strip search was carried out. However, a grievance lodged by the respondent with the head of the Institution in July, 1985 was rejected on the ground that it could not be accepted because the complaint had been upheld.

As we shall see, the appellant limits the attack on the judgment below to the unqualified declaration made by the learned Trial Judge that paragraph 41(2)(c) of the Regulations is inoperative and of no force and effect, being inconsistent with the right guaranteed by section 8 of the Charter, in so far as it purports to authorize any strip searching of penitentiary inmates. On the other hand, both the declarations of inconsistency of paragraph 41(2)(c) with subsection 15(1) of the Charter, and of subsection 41(3) of the Regulations with section 12 of the Charter, are limited by the judgment to the incident complained of, namely, the strip searching of the respondent in the presence of a female guard. The operative paragraphs of the judgment read:

1. IT IS ADJUDGED AND DECLARED THAT paragraph 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1251 insofar as it purports to authorize the strip search of penitentiary inmates is, in its present form, inconsistent with rights guaranteed to penitentiary inmates by section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is for the purpose of authorizing any such strip searches, inoperative and of no force or effect.

2. IT IS FURTHER ADJUDGED AND DECLARED THAT subsection 41(3) of the *Penitentiary Service Regulations*, insofar as it discriminates between male and female inmates with respect to strip searches, is inconsistent with subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to that extent inoperative and of no force or effect.

3. IT IS FURTHER ADJUDGED AND DECLARED THAT subsection 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations*, insofar as it purports to authorize a strip search of a male penitentiary inmate by or in the presence of a female correctional officer in a non emergency situation, is to that extent inconsistent with section 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is inoperative and of no force or effect.

(Appeal Book, pages 12-13)

Dans une plainte logée auprès de l'établissement, l'intimé a soutenu que la fouille en question était contraire au paragraphe 14 de la Directive du Commissaire qui permet que la fouille soit effectuée par un gardien de sexe féminin «dans les cas d'urgence». En temps utile, cette plainte a été maintenue sur le fondement qu'il n'existait aucune urgence au moment où la fouille à nu a été effectuée. Un grief adressé au directeur de l'établissement en juillet 1985 a toutefois été rejeté au motif que le maintien de la plainte empêchait qu'il ne puisse être accueilli.

Comme nous le verrons, l'appelant limite sa contestation du jugement porté en appel à la déclaration sans réserve du juge de première instance que l'alinéa 41(2)c) du Règlement est inopérant et sans aucune force ni effet parce qu'incompatible avec le droit garanti par l'article 8 de la Charte, dans la mesure où il vise à autoriser une fouille à nu des détenus de pénitenciers. D'autre part, la déclaration d'incompatibilité de l'alinéa 41(2)c) avec le paragraphe 15(1) de la Charte et la déclaration d'incompatibilité du paragraphe 41(3) du Règlement avec l'article 12 de la Charte sont toutes deux limitées par le jugement à l'incident sur lequel a porté la plainte, à savoir la fouille à nu de l'intimé en présence d'un gardien de sexe féminin. Les paragraphes du jugement qui disposent de la question en litige sont les suivants:

1. IL EST JUGÉ ET DÉCLARÉ QUE l'alinéa 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. 1978, chap. 1251, dans la mesure où il vise à autoriser la fouille des détenus des pénitenciers est, dans sa forme actuelle, incompatible avec les droits garantis aux détenus des pénitenciers par l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, aux fins d'autorisation de ces fouilles, est inopérant et n'a aucune force ni effet.

2. DE PLUS, IL EST JUGÉ ET DÉCLARÉ QUE le paragraphe 41(3) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, dans la mesure où il établit une discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne les fouilles, est incompatible avec le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et à cette fin, est inopérant et n'a aucune force ni effet.

3. DE PLUS, IL EST JUGÉ ET DÉCLARÉ QUE l'alinéa 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, dans la mesure où il vise à autoriser la fouille d'un détenu de sexe masculin dans un pénitencier par un agent des services correctionnels de sexe féminin ou en sa présence dans une situation où il n'y a pas d'urgence, est incompatible avec l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et est inopérant et n'a aucune force ni effet.

(Dossier d'appel, aux pages 12 et 13)



The appellant's objections are that the Trial Judge erred:

(1) in declaring paragraph 41(2)(c) of the Regulations to be inconsistent with section 8 of the Charter and, therefore, of no force and effect for the purpose of authorizing a strip search of any penitentiary inmate when the issue raised by the pleadings and the material facts was limited to the question of a strip search of a male inmate by or in the presence of a female guard (sometimes referred to as "a cross-gender strip search");

(2) that in reaching the conclusion in (1), the learned Judge departed substantially from the pleadings and, accordingly, that the judgment was rendered on an issue which had not been pleaded and which the appellant had no opportunity of meeting by other evidence or argument;

(3) in concluding that paragraph 41(2)(c) of the Regulations and paragraph 14 of the Commissioner's Directive 800-2-07.1 are inconsistent with section 8 of the Charter to the extent that, read together, they purport to authorize a strip search of a male inmate by or in the presence of a female guard in an emergency;

(4) in concluding that paragraph 14 of the Commissioner's Directive 800-2-07.1 does not have the force of law and, accordingly, that it does not qualify the general search power contained in paragraph 41(2)(c) of the Regulations;

(5) in concluding that paragraph 14 of Commissioner's Directive 800-2-07.1 does not constitute a reasonable limit prescribed by law within section 1 of the Charter.

#### The Section 8 Charter Issue as Pleaded

The first two issues may be conveniently discussed together. The essential complaint here is that, in declaring paragraph 41(2)(c) of the Regulations to be inoperative and of no force and effect, being inconsistent with a right guaranteed by section 8 of the Charter, the learned Judge went

Les objections soulevées par l'appelant veulent que le juge de première instance se soit trompé:

(1) en déclarant que l'alinéa 41(2)c) du Règlement est incompatible avec l'article 8 de la Charte et, en conséquence, sans aucune force ni effet lorsqu'il s'agit d'autoriser une fouille à nu d'un détenu de pénitencier, alors que la question litigieuse soulevée par les plaidoiries et les faits pertinents se limitait à la fouille à nu d'un détenu de sexe masculin par un gardien de sexe féminin ou en présence de celui-ci (cette fouille est parfois appelée «cross-gender strip search» ([TRADUCTION] «fouille à nu entre personnes de sexe opposé»));

(2) en prenant la conclusion visée au paragraphe (1) après s'être éloigné considérablement des plaidoiries, de telle manière qu'il a rendu son jugement sur une question qui n'avait pas été plaidée et au sujet de laquelle l'appelant n'avait pas eu la chance de présenter d'autres éléments de preuve ou arguments;

(3) en concluant que l'alinéa 41(2)c) du Règlement et le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire 800-2-07.1 sont incompatibles avec l'article 8 de la Charte dans la mesure où ces dispositions, lorsqu'elles sont interprétées ensemble, visent à autoriser une fouille à nu d'un détenu de sexe masculin par un gardien de sexe féminin ou en présence de ce gardien dans les cas d'urgence;

(4) en concluant que le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire 800-2-07.1 n'a pas force de loi et, en conséquence, n'assortit pas de réserves le pouvoir général sur les fouilles visé à l'alinéa 41(2)c) du Règlement;

(5) en concluant que le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire 800-2-07.1 ne constitue pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article 1 de la Charte.

#### La question relative à l'article 8 de la Charte telle qu'elle a été plaidée

Les deux premières questions peuvent très bien être discutées ensemble. La plainte dont nous sommes saisis veut essentiellement que le juge de première instance ait débordé la question définie par les plaidoiries en déclarant que l'alinéa 41(2)c) du Règlement est inopérant et sans aucune force ni

beyond the issue as defined by the pleadings. At pages 415-416 F.C. of his reasons for judgment, he summarized the position in this way:

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 Regulations, 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.

Our attention was drawn to paragraphs 7, 8, 9, 10 and 16 of the statement of claim in connection with these first two grounds of appeal. They read:

7. On or about the 13th day of June, 1985, at the said Joyceville Institution, the Plaintiff, and another inmate, one Benjamin Greco, were strip searched by two male guards, Dixon and Hasan, in the presence of one female guard, Hlywa.

8. The strip search referred to in paragraph 7 hereof was proceeded with notwithstanding the express prior request by the Plaintiff that the female guard, Hlywa, leave before he was required to remove his clothes.

9. The strip search of the Plaintiff in the presence of a female guard was conducted pursuant to the purported authority of s. 41(2)(c) of the Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, and paragraph 14 of the Directives of the Commissioner of Corrections, C.D. 800-2-07.1

10. Following his naked exposure to the female guard, Hlywa, the Plaintiff experienced a sense of humiliation, indignity, frustration and emotional upset.

effet parce qu'incompatible avec un droit garanti par l'article 8 de la Charte. Aux pages 415 et 416 C.F. de ses motifs de jugement, il a résumé de la manière suivante son point de vue à cet égard:

a 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.

b 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.

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

Notre attention a été attirée par les paragraphes 7, 8, 9, 10 et 16 de la déclaration relativement à ces deux premiers motifs d'appel. Ces paragraphes sont ainsi libellés:

[TRADUCTION] 7. Vers le 13 juin 1985, dans ledit établissement de Joyceville, le demandeur ainsi qu'un autre détenu, un dénommé Benjamin Greco, ont été soumis à une fouille à nu; cette fouille a été pratiquée par deux gardiens de sexe masculin, Dixon et Hasan, en présence d'un gardien de sexe féminin, Hlywa.

8. La fouille à nu visée au paragraphe 7 de la présente déclaration a été effectuée bien que le demandeur ait expressément demandé que la gardienne Hlywa quitte la pièce avant qu'il ne retire ses vêtements.

9. La fouille à nu du demandeur en présence de la gardienne a été effectuée sur le fondement de l'alinéa 41(2)(c) du Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251, ainsi que du paragraphe 14 de la Directive du Commissaire aux Services correctionnels, C.D. 800-2-07.1.

10. Après s'être ainsi trouvé nu devant la gardienne Hlywa, le demandeur a éprouvé des sentiments d'humiliation, de perte de dignité ainsi que de frustration, et il a subi un bouleversement émotionnel.

16. The Plaintiff contends that the presence of a female guard during a strip search procedure denies him, as a male inmate, the right to be secure against unreasonable search or seizure. The Plaintiff pleads Section 8 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

(Appeal Book, pp. 2, 3, 4)

The appellant, by the defence, put each of these allegations in issue by a general denial contained in paragraph 4 thereof, and in paragraphs 8 and 9 pleaded:

8. He further says that the practice of Correctional Service Canada presently and at all material times prohibits strip searches of an inmate by a guard of the opposite sex except in emergency situations.

9. He further pleads and relies on the Canadian Charter of Rights, Constitution Act, 1982 Part I, S.C. 1980-81-82-83, v. 1, pp. v-xiii, particularly sections 1 and 15 thereto and the Commissioner's Directive 800-2-07.1.

I have no doubt that the issue as defined by the pleadings in relation to section 8 of the Charter, was that the presence of a female guard during the strip search of the respondent on June 13, 1985 denied him a right to be secure against unreasonable search and seizure guaranteed by that section and, accordingly, that paragraph 41(2)(c) of the Regulations and paragraph 14 of the Commissioner's Directive, being inconsistent with the right so guaranteed, are, to the extent of the inconsistency, of no force and effect. I do not think that the prayer for relief set out in paragraph 22(a) of the statement of claim

22. . . .

WHEREFOR THE PLAINTIFF PRAYS:

(a) A declaration of this Honourable Court that Section 41(2)(c) of the Penitentiary Service Regulations, C.R.C. 1978, c. 1251, and paragraph 14 of the Directives of the Commissioner of Corrections, C.D. 800-2-07.1, are inconsistent with rights guaranteed to the Plaintiff by Sections 7, 8, 12, and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, or any of them, and are to the extent of the inconsistency as determined by the Court, of no force or effect;

(Appeal Book, page 6)

can be read otherwise than as referring to the material facts relied upon in the above-recited paragraphs of the statement of claim. It is clearly limited to allegations of fact based upon the strip search that occurred on June 13, 1985. It does not

16. Le demandeur prétend que la présence d'un gardien de sexe féminin pendant une fouille à nu le prive en tant que détenu de sexe masculin du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Le demandeur invoque l'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés.

(Dossier d'appel aux pages 2, 3 et 4)

L'appelant a présenté au paragraphe 4 de la défense une dénégation générale contestant chacune de ces allégations, pour plaider aux paragraphes 8 et 9 de cet acte de procédure:

[TRADUCTION] 8. Il ajoute que la pratique suivie par Services correctionnels Canada présentement et à tous les moments pertinents interdit les fouilles à nu de détenus par les gardiens de sexe opposé sauf dans des situations d'urgence.

9. Il invoque également la Charte canadienne des droits, Loi constitutionnelle de 1982, Partie I, S.C. 1980-81-82-83, v. 1, aux pages v à xiii, en particulier ses articles 1 à 15, ainsi que la Directive du Commissaire 800-2-07.1.

Je ne doute pas que la question soulevée dans les plaidoiries relativement à l'article 8 de la Charte tenait à ce que la présence d'un gardien de sexe féminin au cours de la fouille à nu effectuée à l'égard de l'intimé le 13 juin 1985 a privé ce dernier du droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives que lui garantissait l'article susmentionné et selon lequel, en conséquence, l'alinéa 41(2)c) du Règlement et le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire, étant incompatibles avec le droit ainsi garanti, sont inopérants dans la mesure de cette incompatibilité. Je ne crois pas que la demande de redressement figurant au paragraphe 22(a) de la déclaration, qui dit

[TRADUCTION] 22. . . .

EN CONSÉQUENCE, LE DEMANDEUR DEMANDE:

(a) un jugement déclaratoire de cette Cour portant que l'alinéa 41(2)c) du Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C. 1978, chap. 1251 et le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire aux services correctionnels, C.D. 800-2-07.1, sont incompatibles avec les droits garantis au demandeur par les articles 7, 8, 12 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés ou avec un de ces articles, et sont inopérants dans la mesure de l'incompatibilité à laquelle aura conclu la Cour;

(Dossier d'appel, à la page 6)

puisse recevoir une interprétation autre que celle voulant que cette demande renvoie aux faits pertinents invoqués dans les paragraphes précités de la déclaration. Cette demande se limite clairement aux allégations de faits fondées sur la fouille à nu

speak to the constitutional validity of paragraph 41(2)(c) in so far as it purports to authorize strip searches in general. No facts in support of a separate and distinct issue of that kind were pleaded and, indeed, the incident of June 13, 1985 could not admit of any such plea.

It is elementary that two of the principal functions of pleadings are "To define with clarity and precision the question in controversy between litigants" and to "give fair notice of the case which has to be met so that the opposing party may direct his evidence to the issues disclosed by them."<sup>3</sup> These important functions of pleadings were underscored by Lord Radcliffe in *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corporation*, [1956] A.C. 218 (H.L.), at page 241:

My Lords, I think that this case ought to be decided in accordance with the pleadings. If it is, I am of opinion, as was the trial judge, that the respondents failed to establish any claim to relief that was valid in law. If it is not, we might do better justice to the respondents—I cannot tell, since the evidence is incomplete—but I am certain that we should do worse justice to the appellants, since in my view they were entitled to conduct the case and confine their evidence in reliance upon the further and better particulars of paragraph 2 of the statement of claim which had been delivered by the respondents. It seems to me that it is the purpose of such particulars that they should help to define the issues and to indicate to the party who asks for them how much of the range of his possible evidence will be relevant and how much irrelevant to those issues. Proper use of them shortens the hearing and reduces costs. But if an appellate court is to treat reliance upon them as pedantry or mere formalism, I do not see what part they have to play in our trial system.

The appellant complains of being taken unawares by paragraph 1 of the judgment and says that, had notice been given in the pleadings that section 8 of the Charter was being relied upon as the basis for a general attack on the validity of paragraph 41(2)(c) of the Regulations and paragraph 14 of the Commissioner's Directive, evidence would have been adduced in response and argument presented. In short, the claim is one of

<sup>3</sup> *The Law of Civil Procedure*, Williston, W.B. and Rolls, R.J., Vol. 2 (Toronto: Butterworths, 1970), at p. 637, and the authorities therein cited.

effectuée le 13 juin 1985. Elle ne pose pas la question de savoir si l'alinéa 41(2)c) est constitutionnel dans la mesure où il vise à autoriser les fouilles à nu en général. Aucun fait appuyant la présentation d'une question séparée et distincte de ce type n'a été plaidé; et en fait, l'incident du 13 juin 1985 ne pouvait permettre la présentation d'une telle argumentation.

Il est élémentaire que deux des principales fonctions des actes de procédure consistent à [TRADUCTION] «définir avec clarté et précision la question débattue par les parties au litige» et à [TRADUCTION] «aviser de façon loyale la partie opposée de l'argumentation à laquelle elle aura à faire face de façon à lui permettre d'orienter sa preuve en fonction des questions dont ces documents font état»<sup>3</sup>. Ces fonctions importantes des actes de procédure ont été soulignées par lord Radcliffe dans l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corporation*, [1956] A.C. 218 (H.L.), à la page 241:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, je crois que le présent litige devrait être tranché conformément aux actes de procédure. Si nous procédons de cette manière, je suis d'avis, comme le juge de première instance, que les intimés n'ont pas réussi à établir un droit à un redressement. Si nous procédions différemment, nous rendrions peut-être mieux justice aux intimés—je ne puis l'affirmer, puisque la preuve n'est pas complète—mais je suis certain que nous rendrions moins bien justice aux appelants, puisqu'ils avaient selon moi le droit de conduire l'affaire et d'orienter leurs éléments de preuve vers les moyens plus amples et plus précis du paragraphe 2 de la déclaration qui avaient été fournis par les intimés. Il me semble que l'objet de tels moyens est d'aider la partie qui demande à les connaître à définir les questions en litige et de lui indiquer quelle partie de l'éventail des éléments de preuve possibles sera pertinente et quelle partie ne sera pas pertinente à ces questions. Une utilisation appropriée de ces moyens raccourcit l'instruction et réduit les coûts de l'instance. Mais si une cour d'appel doit considérer le fait de s'appuyer sur eux comme de la pédanterie ou du simple formalisme, je ne vois pas quel rôle ils ont à jouer dans notre système de procédure.

L'appelant se plaint d'avoir été pris par surprise par le paragraphe 1 du jugement et dit que, eut-il été avisé dans les actes de procédure que l'article 8 de la Charte était invoqué à l'appui d'une contestation générale de la validité de l'alinéa 41(2)c) du Règlement ainsi que du paragraphe 14 de la Directive du Commissaire, il aurait produit des éléments de preuve et présenté une argumentation pour contrer cette attaque. En résumé, l'appelant pré-

<sup>3</sup> *The Law of Civil Procedure*, Williston, W.B. and Rolls, R.J., Vol. 2 (Toronto: Butterworths, 1970), à la p. 637, ainsi que la jurisprudence citée par ces auteurs.

prejudice. I quite agree. In my view of the pleadings, the strip searching of inmates in general as authorized by paragraph 41(2)(c) of the Regulations and as purportedly qualified by paragraph 14 of the Commissioner's Directive, was not put in issue. That being so, the possible application of section 8 of the Charter could only be addressed at the trial, and form a basis for relief in the judgment, in the context of the pleadings which, when read as a whole, put into question only the validity of those two paragraphs to the extent that they purport to authorize the strip searching of male inmates in the presence of a female guard.

### Strip Searching

This brings me to the third issue. The appellant contends that the learned Judge erred in concluding that paragraph 41(2)(c) of the Regulations and paragraph 14 of the Commissioner's Directive are inconsistent with section 8 of the Charter to the extent that, together, they purport to authorize the strip searching of a male inmate by or in the presence of a female guard in emergency situations. The Trial Judge expressed his concern with such strip searching when weighed against the right to a reasonable expectation of privacy guaranteed by section 8. In his view, this rendered the manner of the search unreasonable. At pages 399-400 F.C. of his reasons for judgment, he said:

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

tend avoir subi un préjudice. Je suis tout à fait d'accord avec lui. Les actes de procédure en l'espèce, comme je les conçois, n'attaquent pas la fouille à nu des détenus en général qui est autorisée par l'alinéa 41(2)c) du Règlement et censément assortie de réserves par le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire. Ceci étant, l'applicabilité de l'article 8 de la Charte ne pouvait être discutée au procès, et servir de fondement à un redressement dans le jugement, que dans le contexte des actes de procédure qui, interprétés dans leur ensemble, ne contestaient la validité de ces deux paragraphes que dans la mesure où ils visent à autoriser la fouille à nu de détenus de sexe masculin en présence d'un gardien de sexe féminin.

### La fouille à nu

Ceci m'amène à traiter de la troisième question. L'appellant prétend que le juge de première instance s'est trompé en concluant que l'alinéa 41(2)c) du Règlement et le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire sont incompatibles avec l'article 8 de la Charte dans la mesure où, ensemble, ils visent à autoriser la fouille à nu d'un détenu de sexe masculin par un gardien de sexe féminin ou en sa présence dans les situations d'urgence. Le juge de première instance a exprimé son inquiétude à l'égard de la fouille à nu compte tenu du droit à une expectative raisonnable en matière de vie privée garanti par l'article 8. Selon lui, cela rendait abusive la manière dont la recherche avait été effectuée. Aux pages 399-400 C.F. de ses motifs de jugement, il a dit:

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,

and I believe that to be its proper limit, a limit which was at least implicitly adopted in *Grummett v. Rushen (ibid)*.

The *Grummett* case, a decision of the United States Court of Appeals for the 9th Circuit, is reported at 779 F.2d 491 (1985). I respectfully agree with the learned Trial Judge on this aspect of his decision.

Clearly, nothing on the face of paragraph 41(2)(c) limits strip searching of male inmates by or in the presence of female guards to emergency situations. The only cross-gender searches it recognizes for exclusion are of female inmates by male guards as provided for in subsection 41(3). The appellant seeks to save the paragraph from a declaration of invalidity by reference to the qualification contained in paragraph 14 of the Commissioner's Directive, providing that searches of the kind complained of be made only in "urgent circumstances". The learned Trial Judge rejected that argument as well, being of the opinion that the Commissioner's Directive did not have the force of law and, accordingly, that it could neither qualify the generality of paragraph 41(2)(c) nor prescribe a "limit" within section 1 of the Charter. The learned Trial Judge, at page 396 F.C. of his reasons for judgment (Appeal Book, page 38), viewed this paragraph as "the critical provision because only it has the force of law".

The appellant submits that paragraph 14 of the Commissioner's Directive constitutes a qualification of paragraph 41(2)(c) or, at all events, that it represents a reasonable limit on that paragraph that is "prescribed by law" within section 1 of the Charter. The learned Trial Judge, at page 397 F.C. of his reasons for judgment (Appeal Book, page 39), was of opinion that the Directive "cannot be seen as having legal force" and that it did 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". He also rejected the argument that paragraph 14 of the Directive prescribed a reasonable limit within section 1 of the Charter. At page 413 F.C. of his reasons for judgment, he said:

au moins implicitement, a été adoptée dans l'affaire *Grummett v. Rushen (ibid)*.

L'arrêt *Grummett*, une décision de la Court of Appeals for the 9th Circuit des États-Unis, est rapporté à 779 F.2d 491 (1985). Je souscris respectueusement à l'opinion exprimée par le juge de première instance à cet égard.

b Clairement, à la lecture de l'alinéa 41(2)c), rien n'y apparaît limiter la fouille à nu des détenus de sexe masculin par des gardiens de sexe féminin ou en leur présence aux situations d'urgence. Les seules fouilles entre personnes de sexe opposé qui sont exclues sont celles des détenus féminins par des gardiens de sexe masculin visées par le paragraphe 41(3). L'appelant cherche à faire échapper l'alinéa susmentionné à une déclaration d'invalidité en faisant référence à une réserve figurant au paragraphe 14 de la Directive du Commissaire selon laquelle les fouilles du type de celle sur laquelle porte la plainte en l'espèce ne doivent être faites que dans «des cas d'urgence». Le juge de première instance a rejeté aussi cet argument, étant d'avis que la Directive du Commissaire n'avait pas force de loi et, en conséquence, ne pouvait ni assortir d'une réserve l'ensemble de l'alinéa 41(2)c) ni prescrire une «limite» au sens de l'article 1 de la Charte. Le juge de première instance, à la page 396 C.F. de ses motifs de jugement (Dossier d'appel, à la page 38), a dit au sujet de cet alinéa que «cette disposition est déterminante, car elle seule a force de loi».

b L'appelant soumet que le paragraphe 14 de la Directive du Commissaire apporte une réserve à l'alinéa 41(2)c) ou, quoi qu'il en soit, établit «par une règle de droit» une limite raisonnable à l'égard de cet alinéa au sens de l'article 1 de la Charte. Le juge de première instance, à la page 397 C.F. de ses motifs de jugement (Dossier d'appel, à la page 39), était d'avis que la Directive «ne peu[ven]t être considérée[s] comme ayant force de loi» et «ne constitue[nt] 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». Il a également rejeté l'argument que le paragraphe 14 de la Directive établissait une limite raisonnable au sens de l'article 1 de la Charte. Aux pages 413 et 414 C.F. de ses motifs de jugement, il a dit:

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 (*Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, at p. 129) . . .

Therefore, such Directives cannot be regarded as legally effective to limit search powers nor can they be regarded as effective under section 1 as "limits prescribed by law" for the purposes of limiting rights guaranteed by the Charter.

The appellant argues that there was error in applying the decision of the Supreme Court of Canada in *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board* [[1978] 1 S.C.R. 118], which is submitted to be distinguishable because it was concerned with whether a decision was one that was required "by law" to be made on a judicial or quasi-judicial basis within the meaning of section 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. In fact, it had been made pursuant to a Commissioner's Directive, also adopted in virtue of authority conferred by subsection 29(3) of the *Penitentiary Act* [R.S.C. 1970, c. P-6]. In deciding that the Directive was not "law", Pigeon J., for the majority, said at page 129:

I have no doubt that the regulations are law. The statute provides for sanction by fine or imprisonment. What was said by the Privy Council with respect to orders in council under the *War Measures Act* in the *Japanese Canadians* case ([1947] A.C. 87), at p. 107, would be applicable:

The legislative activity of Parliament is still present at the time when the orders are made, and these orders are "law".

I do not think the same can be said of the directives. It is significant that there is no provision for penalty and, while they are authorized by statute, they are clearly of an administrative, not a legislative, nature. It is not in any legislative capacity that the Commissioner is authorized to issue directives but in his administrative capacity. I have no doubt that he would have the power of doing it by virtue of his authority without express legislative enactment. It appears to me that s. 29(3) is to be considered in the same way as many other provisions of an administrative nature dealing with departments of the adminis-

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 (*Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la p. 129) . . .

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

L'appellant soutient que l'on a appliqué à tort la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui* [[1978] 1 R.C.S. 118], parce que cette affaire doit être distinguée de l'espèce car elle portait sur la question de savoir si la décision contestée était de celles qui sont «légalement» soumises à un processus judiciaire ou quasi judiciaire au sens de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10. En fait, la décision en cause avait été rendue en vertu d'une Directive du Commissaire adoptée, elle aussi, sur le fondement du pouvoir conféré par le paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers* [S.R.C. 1970, chap. P-6]. Dans la décision prononcée au nom de la majorité de la Cour suivant laquelle la directive visée n'obligeait pas «légalement» à ce qu'elle prescrivait, le juge Pigeon a dit à la page 129:

Il est évident que l'on est soumis «légalement» à ce qui est prescrit par les règlements. La loi en vertu de laquelle ils sont pris prévoit des sanctions par amende ou emprisonnement. Il convient de citer ici ce que disait le Conseil privé dans l'arrêt *Japanese Canadians* ([1947] A.C. 87) à propos des décrets adoptés en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*, à la p. 107:

[TRADUCTION] C'est encore l'activité législative du Parlement qui s'exerce au moment où les décrets sont adoptés et ces décrets sont des «lois».

Je ne pense pas que l'on puisse dire la même chose des directives. Il est significatif qu'il n'est prévu aucune sanction pour elles et, bien qu'elles soient autorisées par la Loi, elles sont nettement de nature administrative et non législative. Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur. Je suis convaincu qu'il aurait l'autorité d'établir ces directives même en l'absence d'une disposition législative expresse. A mon avis, le par. 29(3) doit être considéré de la même manière que bien d'autres dispositions de nature administrative concernant les

tration which merely spell out administrative authority that would exist even if not explicitly provided for by statute.

In my opinion it is important to distinguish between duties imposed on public employees by statutes or regulations having the force of law and obligations prescribed by virtue of their condition of public employees. The members of a disciplinary board are not high public officers but ordinarily [*sic*] civil servants. The Commissioner's directives are no more than directions as to the manner of carrying out their duties in the administration of the institution where they are employed.

With respect, I think we are bound by that decision. Accordingly, I must agree with the Trial Judge that the Commissioner's Directive could not work a change in paragraph 41(2)(c) of the Regulations.

It is argued that the limit set forth in paragraph 14 of the Commissioner's Directive was, in any event, "prescribed by law" within section 1 of the Charter, although it is not expressed in terms of a regulation, because statutory provision for its adoption was made in subsection 29(3) of the *Penitentiary Act*:

29. ...

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

In this connection, the appellant relies on the following views expressed by Le Dain J., dissenting, in *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613, at page 645:

Section 1 requires that the limit be prescribed by law, that it be reasonable, and that it be demonstrably justified in a free and democratic society. The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule. [Emphasis added.]

Reliance is also placed on the decision of the Court of Appeal for British Columbia in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175, where one of the questions before the Court concerned the meaning

services de l'administration et qui énoncent simplement un pouvoir administratif qui existerait même en l'absence d'une disposition expresse de la Loi.

Il est, à mon avis, important de distinguer les devoirs imposés aux employés de l'État par une loi ou un règlement ayant force de loi, des obligations qui leur incombent en qualité d'employés de l'État. Les membres d'un comité de discipline ne sont habituellement pas de hauts fonctionnaires publics mais de simples employés de l'administration. Les directives du commissaire ne sont rien de plus que des instructions relatives à l'exécution de leurs fonctions dans l'institution où ils travaillent.

Avec déférence, je crois que nous sommes liés par cette décision. Je dois donc souscrire à l'opinion du juge de première instance selon laquelle la directive du Commissaire ne pouvait avoir pour effet de modifier l'alinéa 41(2)c) du Règlement.

Il est soutenu que la limite prévue au paragraphe 14 de la Directive du Commissaire était, quoi qu'il en soit, une «règle de droit» au sens de l'article 1 de la Charte, même si elle n'est pas énoncée sous forme de règlement, parce qu'une disposition d'une loi, le paragraphe 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, prévoit son adoption:

29. ...

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

À cet égard, l'appelant s'appuie sur l'opinion suivante exprimée dans les motifs dissidents du juge Le Dain dans l'affaire *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la page 645:

L'article 1 exige que cette restriction soit prescrite par une règle de droit, qu'elle soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de common law. [Je souligne.]

On s'appuie également sur la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175, où une des questions soumises à la Cour avait trait à la



of the word "law" in section 52 of the Charter. After referring to the various views expressed in the *Therens* case, including those of Le Dain J. just recited, the Court said, at pages 182-183:

If *R. v. Therens* offers guidance on what is not "law" under the Charter, *Operation Dismantle Inc. v. R.*, [1985] 1 S.C.R. 441 at 459, 12 Admin. L.R. 16, 13 C.R.R. 287, 18 D.L.R. (4th) 481 at 494, 59 N.R. 1 [Fed.], suggests what "law" may include. The court there concluded that acts of the Cabinet, as the executive arm of government, are reviewable under s. 32(1) of the Charter. Dickson J., speaking for the majority of the court, added the following comment with respect to s. 52:

I would like to note that nothing in these reasons should be taken as the adoption of the view that the reference to "laws" in s. 52 of the *Charter* is confined to statutes, regulations and the common law. It may well be that if the supremacy of the constitution expressed in s. 52 is to be meaningful, then all acts taken pursuant to powers granted by law will fall within s. 52.

This comment may be read as suggesting that "law" in s. 52 of the Charter extends to the acts of subordinate government bodies, such as Douglas College. An alternative interpretation is that the court wished to leave open the question of whether executive acts of government, as opposed to statutes and regulations, may constitute "law" under s. 52. Whatever the intention, the language chosen is broad. "Law" in s. 52, the majority of the court concludes, may not be confined to statutes, regulations and the common law. "[A]ll acts taken pursuant to powers granted by law" may fall within s. 52. That language is capable of embracing the contention that the policies of subordinate government bodies may constitute "law" under s. 52 of the Charter.

In our opinion, the broad approach to "law" in s. 52 of the Charter suggested in *Operation Dismantle* does not necessarily conflict with the view of "law" in s. 1 adopted in *Therens*. The question in *Therens* was whether the police officers' conduct could be said to be "prescribed by law" under s. 1 of the Charter. An arbitrary, discretionary act may not be *prescribed* by law even though it may be said to have been made pursuant to a power conferred by law. On the other hand, where legislation or other government rule which is law expressly confers a discretion to make a decision on a particular matter and the decision is in accordance with stipulated criteria, the decision of the public servant might be considered to be prescribed by law: see, for example *Re Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225, 34 C.R. (3d) 97, 4 C.C.C. (3d) 385, 4 C.R.R. 42, 145 D.L.R. (3d) 638 (C.A.); *Horbas v. Min. of Employment & Immigration*, [1985] 2 F.C. 359, 22 D.L.R. (4th) 600 (T.D.); and *Re Ont. Film & Video Appreciation Soc. and Ont. Bd. of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, 34 C.R. (3d) 73, 147 D.L.R. (3d) 58, affirmed 45 O.R. (2d) 80, 38

signification du mot «*law*» («règle de droit») à l'article 52 de la Charte. Après avoir mentionné les divers points de vue énoncés dans l'affaire *Therens*, y compris l'opinion précitée du juge Le Dain, la Cour a dit aux pages 182 et 183:

[TRADUCTION] Si l'arrêt *R. c. Therens* offre des indications sur ce qui ne constitue pas une «règle de droit» aux termes de la Charte, l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la page 459, 12 Admin. L.R. 16, 13 C.R.R. 287, 18 D.L.R. (4th) 481, à la page 494, 59 N.R. 1 [Fed.], suggère ce que l'expression «règle de droit» peut recouvrir. La Cour a conclu dans cette affaire que les actes du Cabinet en sa qualité de branche exécutive du gouvernement sont assujetties au contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 32(1) de la Charte. Le juge Dickson, énonçant l'opinion de la majorité de la Cour, a ajouté le commentaire suivant relativement à l'article 52:

Je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne saurait être interprété comme l'adoption de l'opinion selon laquelle la référence faite à la «règle de droit» à l'art. 52 de la Charte doit être confinée aux lois, aux règlements et à la *common law*. Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèveront de l'art. 52.

Cette observation peut s'interpréter comme suggérant que l'expression «règle de droit» figurant à l'article 52 de la Charte s'étend aux actes d'organismes gouvernementaux subalternes comme Douglas College. Une autre interprétation possible est que la Cour a voulu laisser non résolue la question de savoir si les actes posés par l'exécutif du gouvernement, par opposition aux lois et aux règlements, peuvent constituer des «règles de droit» aux termes de l'article 52. Quelle que soit l'intention de la Cour, les termes qu'elle emploie ont une grande portée. La majorité de la Cour conclut que l'expression «règle de droit» figurant à l'article 52 ne peut être restreinte aux lois, aux règlements et à la *common law*. «[T]ous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit» peuvent relever de l'article 52. Ces termes sont capables d'embrasser l'assertion selon laquelle les politiques des organismes gouvernementaux subalternes peuvent constituer des «règles de droit» au sens de l'article 52 de la Charte.

À notre avis, l'interprétation large de l'expression «règle de droit» de l'article 52 de la Charte suggérée dans l'arrêt *Operation Dismantle* n'entre pas nécessairement en conflit avec l'interprétation qui a été adoptée dans l'arrêt *Therens* à l'égard de l'expression «règle de droit» figurant à l'article 1. La question soulevée dans l'affaire *Therens* était celle de savoir si la conduite de certains agents de police pouvait être considérée comme ayant été prescrite «par une règle de droit» aux termes de l'article 1 de la Charte. Un acte arbitraire et discrétionnaire peut ne pas être *prescrit* par une règle de droit même s'il peut être considéré comme ayant été posé dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi. D'autre part, lorsqu'une disposition législative ou une autre règle gouvernementale qui constitue une règle de droit confère expressément un pouvoir discrétionnaire de rendre une décision au sujet d'une question particulière et que la décision respecte les critères stipulés à son égard, la décision du fonctionnaire en cause pourrait être considérée comme prescrite par une règle de droit: voir, par exemple, *Re Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225, 34 C.R. (3d)

C.R. (3d) 271, 2 O.A.C. 388, 5 D.L.R. (4th) 766, leave to appeal to S.C.C. granted 5 D.L.R. (4th) 766n, 3 O.A.C. 318. If the emphasis is placed on "prescribed" rather than on "law" in s. 1, the Supreme Court's comments in *Therens* do not conflict with the suggestion in *Operation Dismantle* that all acts performed under powers conferred by government may be "law" under s. 52. [Emphasis added.]

That case as I see it, did not deal with the precise point now under discussion. It is whether a further rule authorized by Parliament, rather than a decision made pursuant to a statute or regulation, may be viewed as "law" for the purposes of section 1 of the Charter. Although the point at issue has yet to be authoritatively decided, I venture to suggest that the term "by law" in section 1 does not include the Commissioner's Directive even though its adoption is provided for in the statute. That directive was not, in its adoption, required to be put through any recognized legislative process, and may be altered without reference to such process, theoretically even at the whim of its creator. In this sense, the statute is "law" and so too are the Regulations. Directives, on the other hand, are, as Pigeon J. described them [at page 129] in the *Martineau* case, mere "directions as to the manner . . . duties" are to be carried out. They are not "law". From the language used to authorize their adoption, when compared with the regulation-making power in subsection 29(1) of the Act, it is apparent that the directives were not intended to carry anything like the serious legal import of the Regulations. Though, obviously, the language of their authorization is similar in many respects to the regulation-making power, the intention seems to have been to provide for measures concerning the "good government of penitentiaries". I cannot regard paragraph 14 of the Directive as

97, 4 C.C.C. (3d) 385, 4 C.R.R. 42, 145 D.L.R. (3d) 638 (C.A.); *Horbas c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 359, 22 D.L.R. (4th) 600 (1<sup>re</sup> inst.); et *Re Ont. Film & Video Appreciation Soc. and Ont. Bd. of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, 34 C.R. (3d) 73, 147 D.L.R. (3d) 58, confirmé par 45 O.R. (2d) 80, 38 C.R. (3d) 271, 2 O.A.C. 388, 5 D.L.R. (4th) 766, autorisation de pourvoi devant la C.S.C. accordée dans l'arrêt rapporté à 5 D.L.R. (4th) 766n, 3 O.A.C. 318. Si l'accent est mis sur le terme «prescribed» plutôt que sur le terme «law» de la version anglaise de l'article 1, les observations formulées par la Cour Suprême dans l'arrêt *Therens* n'entrent pas en conflit avec la suggestion faite dans l'affaire *Operation Dismantle* selon laquelle tous les actes posés en vertu de pouvoirs conférés par le gouvernement peuvent constituer une «règle de droit» au sens de l'article 52. [Je souligne.]

Cet arrêt, à mon sens, n'a pas traité de la question précise dont nous discutons à présent. Celle-ci consiste à savoir si une règle supplémentaire autorisée par le Parlement, plutôt qu'une décision rendue en vertu d'une loi ou d'un règlement, peut être considérée comme une «règle de droit» pour les fins de l'article 1 de la Charte. Bien que le point en litige ait encore à être tranché de façon décisive, j'ose suggérer que l'expression «par une règle de droit» figurant à l'article 1 ne vise pas la Directive du Commissaire même si son adoption est prévue dans la Loi. L'adoption de cette directive n'avait pas à se faire par la voie d'un processus législatif reconnu, et celle-ci peut être modifiée sans recours à un tel processus, le caprice de son auteur devant même, en théorie, suffire à cet égard. Dans ce sens, la Loi est une «règle de droit», comme l'est aussi le Règlement. Les directives sont d'autre part, aux termes de la description [à la page 129] qu'en donne le juge Pigeon dans l'arrêt *Martineau*, de simples «instructions relatives à l'exécution de . . . fonctions». Elles ne constituent pas une «règle de droit». Il ressort à l'évidence des termes utilisés pour autoriser leur adoption, lorsqu'on les compare aux dispositions prévoyant le pouvoir d'adopter des règlements du paragraphe 29(1) de la Loi, que les directives n'ont aucunement été destinées à avoir une importance juridique proche de celle des règlements. Même s'il est clair que les termes autorisant les directives sont semblables à bien des égards aux termes édictant le pouvoir de faire des règlements, l'intention qui sous-tend leur adoption semble avoir été la promulgation de dispositions relatives à la «direction judiciaire des pénitenciers». Je ne puis considérer le paragraphe 14 de la Directive comme une «règle de droit» au sens où cette dernière pourrait pres-

“law” in the sense that it could prescribe a limit authorized by section 1, and so result in a departure from the supreme law of Canada as enshrined in section 8 of the Charter.

As the language of paragraph 41(2)(c), taken alone, purports to authorize the strip search complained of, the Trial Judge proceeded to an examination of its provisions from a reasonability standpoint and found it wanting in that it failed to set down specific criteria for searching inmates by which it could be judged against the right guaranteed by section 8 of the Charter. The qualification in paragraph 41(2)(c) that a member must consider the search “reasonable” for detecting contraband or to maintain good order of the institution, was not considered by the Trial Judge to furnish the control of the use of strip searches he thought necessary. A step in the right direction, he thought, might have been taken had the Regulations adopted the criteria set out in paragraph 12 of the Commissioner’s Directive, providing for strip searching of inmates in limited situations.<sup>4</sup> Those limits were ineffectual because the Directive did not have the force of law and, in any event, paragraph 12 did not include other possible situations in which strip searches might be used.

After reviewing certain decided cases in Canada and the United States (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *Re Maltby et al. and Attorney-General of Saskatchewan et al.* (1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (Sask. Q.B.); *aff’d* (1984), 13 C.C.C. (3d) 308 (Sask. C.A.); *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre, Attorney General of Alberta and*

crire une limite autorisée par l’article 1 et, de la sorte, avoir pour conséquence d’édicter une exception à la loi suprême du Canada inscrite à l’article 8 de la Charte.

<sup>a</sup> Comme les termes de l’alinéa 41(2)c) prétendent par eux-mêmes autoriser la fouille à nu contestée, le juge de première instance a procédé à un examen de cette disposition en s’interrogeant sur son caractère raisonnable; il y a vu un vice parce <sup>b</sup> qu’elle n’énonce pas de critères précis en vertu desquels la légitimité des fouilles sur la personne des détenus pourrait être appréciée eu égard au droit garanti par l’article 8 de la Charte. Selon le <sup>c</sup> juge de première instance, la réserve énoncée à l’alinéa 41(2)c) selon laquelle un membre doit considérer la fouille «raisonnable» pour déceler la présence d’objets détenus illégalement ou pour assurer le bon ordre au sein de l’institution n’était <sup>d</sup> pas suffisante pour assurer un contrôle adéquat de la pratique des fouilles à nu. Il était d’avis que l’adoption par le Règlement du critère énoncé au paragraphe 12 de la Directive du Commissaire, qui prévoyait la possibilité de pratiquer des fouilles à <sup>e</sup> nu de détenus dans des situations restreintes<sup>4</sup>, aurait pu constituer un pas dans la bonne direction. Ces restrictions restaient sans effet puisque la Directive n’avait pas force de loi et que, de toute façon, le paragraphe 12 ne prévoyait pas d’autres <sup>f</sup> situations dans lesquelles la fouille à nu pourrait être effectuée.

Après avoir examiné certains arrêts canadiens et américains (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *Re Maltby et al. and Attorney-General of Saskatchewan et al.* (1982), 143 D.L.R. (3d) 649 (B.R. Sask.); confirmé par (1984), 13 C.C.C. (3d) 308 (C.A. Sask.); *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre, Attorney General of Alberta and*

<sup>4</sup> 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
- d. on leaving work areas.

<sup>4</sup> 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. au moment de quitter un secteur de travail.

*Solicitor General of Alberta* (1984), 48 A.R. 31 (Q.B.); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979)), the learned Judge gave the following explanation at pages 394-395 F.C. of his reasons for judgment, for concluding that additional control should be provided for in the Regulations:

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 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.

The appellant submits that the standard enunciated by Dickson C.J. in the *Hunter* case for determining whether any state intrusions on privacy constitute an unreasonable search within section 8 in the context of the warrantless search of a business office, ill-fits strip searching of inmates in

*Solicitor General of Alberta* (1984), 48 A.R. 31 (B.R.); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979)), le juge de première instance, aux pages 394 et 395 C.F. de ses motifs de jugement, a justifié de la façon suivante sa conclusion qu'un contrôle additionnel devrait être prévu dans le Règlement:

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 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.

L'appelant fait valoir que le critère énoncé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Hunter* relativement à la question de savoir si les intrusions de l'État dans la vie privée constituent des fouilles ou perquisitions abusives au sens de l'article 8 dans le contexte d'une fouille ou perquisition sans mandat

a penitentiary setting, and that, in any case, it was not intended to be applied across the board. The standard in that case calls for an assessment of the right of privacy against the state's interest in intruding on that right, and for a system of prior authorization in order to prevent unjustified intrusions. That only a reasonable expectation of privacy is protected by section 8 was made clear by the learned Chief Justice, at pages 159-160:

Like the Supreme Court of the United States, I would be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy, but for purposes of the present appeal I am satisfied that its protections go at least that far. The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from "unreasonable" search and seizure, or positively as an entitlement to a "reasonable" expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

The question that remains, and the one upon which the present appeal hinges, is how this assessment is to be made. When is it to be made, by whom and on what basis? Here again, I think the proper approach is a purposive one.

That purpose is, as I have said, to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy. That purpose requires a means of preventing unjustified searches before they happen, not simply of determining, after the fact, whether they ought to have occurred in the first place. This, in my view, can only be accomplished by a system of prior authorization, not one of subsequent validation.

A requirement of prior authorization, usually in the form of a valid warrant, has been a consistent prerequisite for a valid search and seizure both at common law and under most statutes. Such a requirement puts the onus on the state to demonstrate the superiority of its interest to that of the individual. As such it accords with the apparent intention of the *Charter* to prefer, where feasible, the right of the individual to be free from state interference to the interests of the state in advancing its purposes through such interference.

The appellant argues that this standard was not intended to be applied to circumstances that are markedly different from those considered by the

d'un bureau commercial, s'applique mal à la fouille à nu de détenus dans le cadre d'un pénitencier; quoi qu'il en soit, prétend-il, un tel critère n'a pas été conçu pour s'appliquer de façon générale. Selon le critère établi dans cette affaire, le droit à la vie privée doit s'apprécier en comparaison avec l'intérêt de l'État à le contrarier; ce critère appelle un système d'autorisation préalable prévenant les empiètements injustifiés. Le juge en chef a exprimé clairement que seules les attentes raisonnables de vie privée sont protégées par l'article 8 aux pages 159 et 160:

À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée mais, pour les fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue. La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi.

La question qui reste à trancher et dont dépend l'issue du présent pourvoi est de savoir comment cette appréciation doit être faite. Quand doit-elle être faite, par qui et en fonction de quoi? Une fois de plus, je crois qu'il convient d'examiner le but visé.

Comme je l'ai déjà dit, cet article a pour but de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée. Ce but requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées. Cela ne peut se faire, à mon avis, que par un système d'autorisation préalable et non de validation subséquente.

L'exigence d'une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d'un mandat valide, a toujours été la condition préalable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois. Une telle exigence impose à l'État l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier. Comme telle, elle est conforme à l'esprit apparent de la *Charte* qui est de préférer, lorsque cela est possible, le droit des particuliers de ne pas subir l'ingérence de l'État au droit de ce dernier de poursuivre ses fins par une telle ingérence.

L'appelant soutient que ce critère n'a pas été conçu pour s'appliquer à des circonstances différentes de façon marquée de celles considérées par la

Supreme Court in the *Hunter* case. It is asserted, indeed, that the possible operation of a different standard in wholly different circumstances was recognized in that case by the learned Chief Justice when he said, at page 161:

I recognize that it may not be reasonable in every instance to insist on prior authorization in order to validate governmental intrusions upon individuals' expectations of privacy. Nevertheless, where it is feasible to obtain prior authorization, I would hold that such authorization is a precondition for a valid search and seizure. [Emphasis added.]

The idea that some searches, by virtue of the circumstances in which they are made, may not admit of prior authorization, was noted by the Court of Appeal for Ontario in *Rao* case, where Martin J.A. said, at pages 106-107:

In my view, the warrantless search of a person's office requires justification in order to meet the constitutional standard of reasonableness secured by s. 8 of the Charter, and statutory provisions authorizing such warrantless searches are subject to challenge under the Charter. The justification for a warrantless search may be found in the existence of circumstances which make it impracticable to obtain a warrant: see, for example, s. 101(2) of the Code, s. 11(2) of the Official Secrets Act. The individual's reasonable expectation of privacy must, of course, be balanced against the public interest in effective law enforcement. However, where no circumstances exist which make the obtaining of a warrant impracticable and when the obtaining of a warrant would not impede effective law enforcement, a warrantless search of an office of fixed location (except as an incident of a lawful arrest) cannot be justified and does not meet the constitutional standard of reasonableness prescribed by s. 8 of the Charter. [Emphasis added.]

This was recognized again in *R. v. J.M.G.* (1986), 56 O.R. (2d) 705 (C.A.), where a statutory provision authorizing the search of a student for contraband without prior authorization, was upheld. At pages 710-711, Grange J.A. observed on behalf of the Court:

In Canada the test for a statute authorizing a search has been held in *Hunter et al. v. Southam Inc.* (1984), 14 C.C.C. (3d) 97, 11 D.L.R. (4th) 641, 2 C.P.R. (3d) 1, to be, generally speaking, for the search to be prior-authorized by a neutral and impartial person. The Supreme Court of Canada also considered the "reasonable expectation of privacy" of the individual who is subjected to the search. However in *Hunter*, Dickson C.J.C. was balancing the interest of an individual with that of the State. Although, as I have said, I am prepared to presume that the Charter applies to the relationship between principal

Cour suprême dans l'affaire *Hunter*. En fait, il affirme que le juge en chef a reconnu la possibilité qu'un critère différent soit appliqué dans des circonstances entièrement différentes lorsqu'il a dit à la page 161 de cet arrêt:

Je reconnais qu'il n'est peut-être pas raisonnable dans tous les cas d'insister sur l'autorisation préalable aux fins de valider des atteintes du gouvernement aux attentes des particuliers en matière de vie privée. Néanmoins, je suis d'avis de conclure 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. [Je souligne.]

L'idée suivant laquelle certaines fouilles ou perquisitions, en raison des circonstances dans lesquelles elles sont pratiquées, ne peuvent faire l'objet d'une autorisation préalable, a été notée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Rao*, où le juge d'appel Martin a dit aux pages 106 et 107:

[TRADUCTION] À mon avis, la fouille ou perquisition sans mandat du bureau d'une personne doit avoir une justification pour satisfaire au critère du caractère raisonnable établi par l'article 8 de la Charte, et les dispositions des lois autorisant de telles fouilles ou perquisitions sans mandat sont susceptibles d'être contestées en vertu de la Charte. La justification requise à l'égard d'une fouille ou perquisition sans mandat peut naître de l'existence de circonstances qui rendent impossible l'obtention d'un mandat: voir, par exemple, le paragraphe 101(2) du Code et le paragraphe 11(2) de la Loi sur les secrets officiels. Les attentes raisonnables en matière de vie privée des particuliers doivent évidemment être appréciées en comparaison avec l'intérêt qu'a le public dans l'application efficace des lois. Toutefois, lorsqu'il n'existe aucune circonstance rendant impossible l'obtention d'un mandat et cette obtention n'entraverait pas l'application effective de la loi, une fouille ou perquisition sans mandat d'un bureau situé dans un endroit donné (sauf si elle s'inscrit dans le cadre d'une arrestation légale) ne peut être justifiée et ne satisfait pas au critère constitutionnel du caractère raisonnable établi par l'article 8 de la Charte. [Je souligne.]

Cette règle a été reconnue dans l'affaire *R. v. J.M.G.* (1986), 56 O.R. (2d) 705 (C.A.), où une disposition d'une loi autorisant la fouille sans autorisation préalable d'un étudiant pour trouver des objets détenus illégalement a été maintenue. Aux pages 710 et 711, le juge d'appel Grange a observé au nom de la Cour:

[TRADUCTION] Au Canada, l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* (1984), 14 C.C.C. (3d) 97, 11 D.L.R. (4th) 641, 2 C.P.R. (3d) 1 a décidé que de façon générale, le critère applicable à une loi donnant le droit de pratiquer une fouille ou perquisition résidait dans l'autorisation préalable de cette fouille ou perquisition par une personne neutre et impartiale. La Cour suprême du Canada a également examiné le «droit de s'attendre raisonnablement à la protection de la vie privée» des particuliers qui sont soumis à des fouilles ou perquisitions. Toutefois, dans l'arrêt *Hunter*, le juge en chef Dickson soupe-

and student, that relationship is not remotely like that of a policeman and citizen. First, the principal has a substantial interest not only in the welfare of the other students but in the accused student as well. Secondly, society as a whole has an interest in the maintenance of a proper educational environment, which clearly involves being able to enforce school discipline efficiently and effectively. It is often neither feasible nor desirable that the principal should require prior authorization before searching his or her student and seizing contraband. [Emphasis added.]

The appellant stresses that the realities of the penitentiary setting should be viewed as allowing departure from the need of prior authorization or for the existence of a reasonable belief. Such realities have been recognized by the Courts. They are graphically described in these words of Mr. Justice MacGuigan (speaking for himself) in *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.), at page 681:

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

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

In two American cases, which reached the Supreme Court of the United States, the searching of inmates or detainees appears to have been left to the discretion of the penal or detention institution concerned rather than controlled by a set of pre-conditions: *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). It was argued there that searches violated the right in the Fourth Amendment to the *United States Constitution* to be secure "... against unreason-

sait l'importance respective de l'intérêt du particulier et de l'intérêt de l'État. Bien que, comme je l'ai déjà dit, je sois prêt à présumer que la Charte s'applique aux rapports, entre le directeur d'école et les étudiants, ces rapports ne ressemblent pas, même de façon éloignée, à ceux d'un policier et d'un citoyen.

*a* Premièrement, le directeur d'école possède un intérêt important non seulement dans le bien-être des autres étudiants mais encore dans celui de l'étudiant accusé lui-même. Deuxièmement, la société dans son ensemble possède un intérêt dans le maintien d'un milieu éducationnel adéquat, ce qui implique clairement qu'on soit capable d'appliquer les règles disciplinaires scolaires de façon efficace et effective. Il arrive fréquemment qu'il ne soit ni possible ni souhaitable que le directeur d'école doive obtenir une autorisation préalable avant de fouiller son étudiant et de saisir des objets détenus illégalement. [Je souligne.]

*c* L'appelant soutient qu'il devrait être considéré que les réalités du milieu pénitentiaire permettent de déroger à la règle de l'autorisation préalable et de l'existence d'une croyance raisonnable. De telles réalités ont été reconnues par les tribunaux. Elles *d* se trouvent décrites de façon pittoresque dans le passage suivant des motifs prononcés par le juge MacGuigan (en son propre nom) dans l'affaire *Howard c. Établissement Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.), à la page 681:

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

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

*i* Dans deux affaires américaines qui ont été portées jusque devant la Cour suprême des États-Unis, la fouille de prisonniers ou de personnes détenues semble avoir été laissée à la discrétion de l'établissement pénal ou de détention en cause plutôt que contrôlée au moyen d'une série de conditions préalables: *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). *j* Il y a été soutenu que les fouilles et perquisitions violaient le droit inscrit au Quatrième amende-

able searches and seizures". In the former case, Stewart J. noted the peculiarities of the prison setting when he said on behalf of the majority, at page 143:

But to say that a public jail is the equivalent of a man's "house" or that it is a place where he can claim constitutional immunity from search or seizure of his person, his papers, or his effects, is at best a novel argument. To be sure, the Court has been far from niggardly in construing the physical scope of Fourth Amendment protection. A business office is a protected area, (*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385; *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298) and so may be a store. (*Amos v. United States*, 255 U.S. 313; *Davis v. United States*, 328 U.S. 582.) A hotel room, in the eyes of the Fourth Amendment, may become a person's "house," (*Lustig v. United States*, 338 U.S. 74; *United States v. Jeffers*, 342 U.S. 48) and so, of course, may an apartment. (*Jones v. United States*, 362 U.S. 257.) An automobile may not be unreasonably searched. (*Gambino v. United States*, 275 U.S. 310; *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132; *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160; *Henry v. United States*, 361 U.S. 98.) Neither may an occupied taxicab. (*Rios v. United States*, 364 U.S. 253.) Yet, without attempting either to define or to predict the ultimate scope of Fourth Amendment protection, it is obvious that a jail shares none of the attributes of privacy of a home, an automobile, an office, or a hotel room. In prison, official surveillance has traditionally been the order of the day. (N. Y. Correction Law §500-c provides, in part: "Convicts under sentence shall not be allowed to converse with any other person, except in the presence of a keeper." The N. Y. State Commission of Correction, Regulations for Management of County Jails (Revised 1953 ed.), provide, in part: "All parts of the jail should be frequently searched for contraband.") [Emphasis added.]

In the *Wolfish* case, Rehnquist J. (as he then was), speaking for the majority, focused mainly on concerns for a detention institution's security in assessing the reasonability of body searches. At pages 558-559, he said:

Admittedly, this practice instinctively gives us the most pause. However, assuming for present purposes that inmates, both convicted prisoners and pretrial detainees, retain some Fourth Amendment rights upon commitment to a corrections facility, see *Lanza v. New York*, *supra*; *Stroud v. United States*, 251 U.S. 15, 21 (1919), we nonetheless conclude that these searches do not violate that Amendment. The Fourth Amendment prohibits only unreasonable searches, *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132, 147 (1925), and under the

ment de la Constitution des États-Unis d'être garanti [TRADUCTION] «des perquisitions et saisies abusives». Dans la première affaire, le juge Stewart a fait état des particularités du milieu carcéral lorsqu'il a dit au nom de la majorité de la Cour à la page 143:

[TRADUCTION] Mais il est, au mieux, inédit de prétendre qu'une prison publique est pour un homme l'équivalent de sa «maison» ou est un endroit où un particulier peut se prévaloir de l'immunité constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions ou saisies de sa personne, de ses documents ou de ses effets personnels. Chose certaine, la Cour, dans son interprétation de la portée matérielle de la protection mentionnée au Quatrième Amendement, a été très généreuse. Un bureau commercial est un endroit protégé (*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385; *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298), comme peut l'être un magasin (*Amos v. United States*, 255 U.S. 313; *Davis v. United States*, 328 U.S. 582.) Une chambre d'hôtel, aux yeux du Quatrième Amendement, peut devenir la «maison» d'une personne (*Lustig v. United States*, 338 U.S. 74; *United States v. Jeffers*, 342 U.S. 48), comme le peut évidemment aussi un appartement. (*Jones v. United States*, 362 U.S. 257.) Une automobile ne peut faire l'objet de perquisitions abusives (*Gambino v. United States*, 275 U.S. 310; *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132; *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160; *Henry v. United States*, 361 U.S. 98). Une voiture taxi ne le peut pas non plus (*Rios v. United States*, 364 U.S. 253). Cependant, sans tenter ni de définir ni de prédire la portée ultime de la protection accordée par le Quatrième Amendement, il est évident qu'une prison ne partage à l'égard de la vie privée aucun des attributs du foyer, de l'automobile, du bureau ou de la chambre d'hôtel. En prison, la surveillance officielle a traditionnellement été pratiquée de façon constante. (L'art. §500-c de la N.Y. Correction Law déclare notamment: «Les détenus purgeant une peine n'auront le droit de converser avec quiconque qu'en présence d'un gardien.» Les Regulations for Management of County Jails (Revised 1953 ed.), de la N.Y. State Commission of Correction prévoient notamment que: «Toutes les parties de la prison devraient être fouillées fréquemment pour y découvrir éventuellement des objets détenus illégalement.») [Je souligne.]

Dans l'affaire *Wolfish*, le juge Rehnquist (c'était alors son titre), parlant au nom de la majorité de la Cour, a surtout pris en considération les problèmes relatifs à la sécurité des institutions pénitencières lorsqu'il a apprécié le caractère raisonnable des fouilles corporelles. Aux pages 558 et 559, il a dit:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons que cette pratique est celle qui, instinctivement, suscite chez nous le plus d'hésitation. Toutefois, en tenant pour acquis pour les fins de la présente espèce que les prisonniers, tant ceux dont la culpabilité a été prononcée que les détenus avant procès, conservent certains des droits découlant du Quatrième Amendement lorsqu'ils sont confiés à la garde d'un établissement correctionnel (voir *Lanza v. New York*, susmentionné; *Stroud v. United States*, 251 U.S. 15, 21 (1919)), nous concluons néanmoins que les fouilles en



circumstances, we do not believe that these searches are unreasonable.

The test of reasonableness under the Fourth Amendment is not capable of precise definition or mechanical application. In each case it requires a balancing of the need for the particular search against the invasion of personal rights that the search entails. Courts must consider the scope of the particular intrusion, the manner in which it is conducted, the justification for initiating it, and the place in which it is conducted. *E. g., United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976); *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1975); *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966). A detention facility is a unique place fraught with serious security dangers. Smuggling of money, drugs, weapons, and other contraband is all too common an occurrence. And inmate attempts to secrete these items into the facility by concealing them in body cavities are documented in this record, App. 71-76, and in other cases. *E. g., Ferraro v. United States*, 590 F. 2d 335 (CA6 1978); *United States v. Park*, 521 F. 2d 1381, 1382 (CA9 1975). [Emphasis added.]

In my view, in deciding the point we ought not to overlook these peculiarities of prison life and the special problems they present to prison administrators discharging their responsibility for "safety and security" of the institution.<sup>5</sup> They suggest to me that these administrators are entitled to some deference in adopting and applying policies and practices required for the maintenance of order and security, and for the safety and protection of inmates and staff alike. This is not to suggest that the authorities and staff should have a completely free hand in these matters and so abuse their powers. The authority contained in paragraph 41(2)(c) is limited to situations where a member considers that the action is "reasonable" either to

question ne violent pas cet amendement. Le Quatrième Amendement interdit seulement les fouilles abusives (*Carroll v. United States*, 267 U.S. 132, 147 (1925)), et, dans les circonstances de l'espèce, nous ne croyons pas que les fouilles pratiquées soient abusives.

<sup>a</sup> Le critère du caractère raisonnable prévu au Quatrième Amendement ne peut être défini de façon précise ou appliqué de façon machinale. Dans chaque cas, le besoin d'une fouille particulière doit être opposé aux droits personnels brimés par la fouille. Les tribunaux doivent considérer l'étendue de l'empiétement en jeu, la manière dont il est effectué, la justification qui en est donnée et le lieu dans lequel il est pratiqué (par exemple, *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *United States v. Martinez-Fuerte*, 428 U.S. 543 (1976); *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 U.S. 873 (1975); *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966)). Un établissement de détention est un endroit à caractère unique dans lequel foisonnent les dangers importants pour la sécurité. L'introduction illégale d'argent, de drogue, d'armes et d'autres objets interdits n'y est que trop répandue. Les tentatives des détenus de faire entrer de tels articles dans l'établissement en les cachant dans des cavités corporelles sont bien documentées dans le présent dossier (Dossier, aux pages 71 à 76) ainsi que dans d'autres affaires (par exemple *Ferraro v. United States*, 590 F. 2d 335 (CA6 1978); *United States v. Park*, 521 F. 2d 1381, 1382 (CA9 1975)). [Je souligne.]

<sup>e</sup> À mon sens, en tranchant ce point nous ne devrions pas ignorer ces particularités de la vie carcérale ni les problèmes spécifiques qu'elles soulèvent pour les administrateurs de prisons qui s'acquittent de leur responsabilité d'assurer «la sûreté et . . . la sécurité» de l'institution<sup>5</sup>. Il ressort selon moi de ces conditions particulières que les administrateurs des prisons ont droit à une certaine latitude dans l'adoption et dans l'application des politiques et des pratiques requises pour le maintien de l'ordre et de la sûreté de son institution ainsi que pour la sécurité et la protection des détenus comme du personnel. Je n'entends pas ainsi suggérer que les autorités et le personnel devraient être laissés complètement libres en ce qui regarde ces questions et avoir ainsi la possibilité d'abuser de leurs pouvoirs. L'autorité conférée par l'alinéa 41(2)c) est limitée aux situations dans lesquelles un membre considère que la mesure visée est «raisonnable» soit pour déceler la présence d'objets détenus illégalement soit pour assurer le bon ordre

<sup>5</sup> Subsection 5(1) of the Regulations provides:

5. (1) The institutional head is responsible for the direction of his staff, the organization, safety and security of his institution and the correctional training of all inmates confined therein.

<sup>5</sup> Le paragraphe 5(1) du Règlement déclare:

5. (1) Le chef d'institution est responsable de la direction de son personnel, de l'organisation de la sûreté et de la sécurité de son institution, y compris la formation disciplinaire des détenus qui y sont incarcérés.

detect contraband or to maintain the good order of the Institution. In my opinion, such searches must always be *bona fide*. They cannot be used with the intent of intimidating, humiliating or harassing inmates or of inflicting punishment. A meaningful post-search review process should also be available so that any abuses may be detected at an early opportunity.

### Emergency Situations

The question whether and, if so, how "emergency situations" may be defined in the Regulations, having regard to the right guaranteed by section 8 of the Charter, was fully argued before us. Such a definition could be adopted by a regulation made by the Governor in Council pursuant to the broad powers conferred under subsection 29(1) [as am. by S.C. 1976-77, c. 43, s. 44] of the *Penitentiary Act*:

29. (1) The Governor in Council may make regulations  
 (a) for the organization, training, discipline, efficiency, administration and good government of the Service;  
 (b) for the custody, treatment, training, employment and discipline of inmates;

(c) generally, for carrying into effect the purposes and provisions of this Act.

I do not propose to deal with the point at length, but merely to offer a few observations. The appellant argues for a flexible approach which would allow the institutional head to discharge his statutory responsibility for the "safety and security of his institution" in a sound and reasonable manner. The respondent supports a more specific definition. I have already noted the peculiarities of the penitentiary setting as compared with other places where searches of individuals are sometimes carried out, e.g. a business office or a private dwelling. In this regard, I fully agree with the learned Trial Judge when he says at page 393 F.C. of his reasons for judgment:

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

au sein de l'institution. À mon avis, de telles fouilles doivent toujours être pratiquées de bonne foi. Elles ne peuvent avoir pour but d'intimider, d'humilier ou de harceler les détenus ou de leur infliger une punition. Une procédure effective de révision devrait également être accessible après la fouille de manière à permettre une prompte découverte des abus.

### b Situations d'urgence

On a pleinement débattu devant nous la question de savoir si l'expression [TRADUCTION] «situations d'urgence» pouvait être définie dans le Règlement, et le cas échéant, comment elle pourrait l'être, eu égard aux droits garantis par l'article 8 de la Charte. Une telle définition pourrait être inscrite dans un règlement édicté par le gouverneur en conseil en vertu des larges pouvoirs que lui confère le paragraphe 29(1) [mod. par S.C. 1976-77, chap. 43, art. 44] de la *Loi sur les pénitenciers*:

29. (1) Le gouverneur en conseil peut édicter des règlements  
 a) relatifs à l'organisation, l'entraînement, la discipline, l'efficacité, l'administration et la direction judiciaire du Service;  
 b) relatifs à la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus;

c) relatifs, de façon générale, à la réalisation des objets de la présente loi et l'application de ses dispositions.

Je n'ai pas l'intention de traiter exhaustivement de cette question mais simplement de présenter à cet égard certaines observations. L'appelant préconise une approche souple, qui permette au chef de l'institution de s'acquitter de façon judicieuse et raisonnable de la responsabilité que lui assigne la loi de préserver la «sûreté et . . . la sécurité de son institution». L'intimé soutient que l'expression en cause devrait être définie de façon plus précise. J'ai déjà fait état des particularités distinguant le milieu pénitentiaire d'autres endroits où des fouilles ou perquisitions sont parfois pratiquées sur des particuliers, par exemple un bureau commercial ou une résidence privée. À cet égard, je suis entièrement d'accord avec le juge de première instance lorsqu'il dit à la page 393 C.F. de ses motifs de jugement:

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

such searches. Further, it is not reasonable to equate the expectation of privacy in a home or office with that in a prison.

At the same time, it appears to me difficult, if not impossible, to develop a definition of emergency situations based upon specific criteria that would be sufficiently clear and precise and yet be workable. This is borne out by expert opinion adduced at trial. The witness considered that an emergency would exist "if one is in the midst of a full-scale major disturbance or prison riot" (Transcript, Vol. 5, at page 959) but offered no other illustrations. In cross-examination, he acknowledged that some degree of discretion must always remain with the institution in deciding whether an emergency situation exists. He testified:

Q. You would agree that the institution head should be left with some scope to decide when an emergency exists?

A. That is the exact purpose of asking the institution or the jurisdiction to develop policies on emergencies, yes.

Q. But these policies would leave discretion to the institutional head to decide when an emergency would exist?

A. I would think the degree of discretion would be dependent upon what the definition of an emergency would be.

Again, I would imagine that there would be more than one type of emergency, but it would probably be identified and perhaps more than one course of action might be identified.

Q. You would agree that there would always have to be some discretion left to the institutional head to decide when an emergency existed even if there were other set defined circumstances?

A. I agree that discretion would have to exist within the directors of an institution, yes.

(Transcript, Vol. 5, page 960)

This evidence, it seems to me, points out the difficulty of satisfactorily defining "emergency situations" without running afoul of the section 8 guarantee. A definition that proceeded from the particular to the general (starting with specific situations such as major disturbances or riots and ending with more general wording that included unspecified situations that might be difficult if not impossible to foresee), could no doubt be cast. If I have correctly understood the realities of the prison setting, it would seem foolish to insist upon a definition of emergency situations that was limited to specific types, e.g. major disturbances and

une maison ou un bureau avec celle à laquelle on peut s'attendre dans une prison.

En même temps, il m'apparaît difficile, sinon impossible, d'élaborer une définition des situations d'urgence fondée sur des critères spécifiques qui serait tout à la fois suffisamment claire, précise et applicable. Ce sentiment est confirmé par une opinion d'experts présentée lors du procès. Le témoin qui l'a énoncée a considéré qu'il y aurait urgence [TRADUCTION] «en présence d'un désordre ou d'une émeute générale majeure dans la prison» (Transcription, volume 5, à la page 959), mais il n'a offert aucune autre illustration à cet égard. Contre-interrogé, il a reconnu qu'une certaine discrétion doit toujours être laissée à l'institution lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une situation d'urgence. Il a déposé:

[TRADUCTION] Q. Est-ce que vous seriez d'accord pour dire que le chef de l'institution devrait jouir d'une certaine latitude lorsqu'il s'agit de décider s'il y a urgence?

R. Telle est précisément le but visé en demandant à l'institution ou à l'instance compétente d'élaborer des politiques au sujet des urgences, oui.

Q. Mais ces politiques laisseraient au chef de l'institution le pouvoir discrétionnaire de déterminer quand il y a urgence?

R. Je crois que l'ampleur de la discrétion conférée dépendrait de la définition donnée à une urgence.

À nouveau, je suppose que plusieurs types de situations seraient visés par la notion d'urgence, mais celle-ci serait probablement définie, et peut-être plusieurs lignes de conduite seraient-elles précisées à cet égard.

Q. Vous seriez d'accord pour dire qu'une certaine discrétion devrait toujours être laissée au chef de l'institution relativement à la question de savoir s'il existe une situation d'urgence et ce, même si certaines circonstances étaient par ailleurs définies ou établies?

R. Je suis d'accord pour dire qu'une certaine discrétion devrait être laissée aux directeurs des institutions, oui.

(Transcription, volume 5, à la page 960)

Ce témoignage, il me semble, fait ressortir la difficulté de définir les [TRADUCTION] «situations d'urgence» de façon satisfaisante sans violer la garantie conférée par l'article 8. Une définition qui irait du particulier au général (commençant par des situations précises comme les désordres ou émeutes majeures pour se terminer en des termes plus généraux recouvrant des situations non précisées qui risqueraient d'être difficiles ou même impossibles à prévoir) pourrait sans doute être élaborée. Si j'ai bien saisi les réalités du milieu carcéral, il semblerait insensé d'insister sur une définition des situations d'urgence qui serait limi-

riots. To do so would be to inject the Court's judgment into the sphere of responsibility properly vested in the institutional head. Though situations of that kind should be specified, I think the definition should also allow for other unforeseen situations where strip searching of a male inmate by or in the presence of a female guard requires immediate implementation.<sup>6</sup>

### Disposition

In the result I would allow the appeal to the extent I have indicated, and would vary paragraph 1 of the judgment below as follows:

1. by adding the word "male" immediately before the word "penitentiary", and the words "by or in the presence of a female correctional officer in a non-emergency situation" immediately after the word "inmates" in the fourth line;

2. by adding the word "male" immediately before the word "penitentiary" in the sixth line;

3. by adding to the end of the paragraph the words "to the extent of that inconsistency."

so that the paragraph as so varied shall read:

1. IT IS ADJUDGED AND DECLARED THAT paragraph 41(2)(c) of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1251 insofar as it purports to authorize the strip searching of male penitentiary inmates by or in the presence of a female correctional officer in a non-emergency situation is, in its present form, inconsistent with rights guaranteed to male penitentiary inmates by section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is for the purpose of authorizing any such strip searches, inoperative and of no force or effect to the extent of that inconsistency.

The respondent also submitted that the learned Judge erred in law in rejecting his claim that there

<sup>6</sup> In *Sterling v. Cupp*, 625 P.2d 123 (Or. 1981), for example, the term "emergency situation" in a prison's administrative rules was broadly re-defined as the "occurrence of an unforeseen circumstance requiring immediate implementation of remedial action".

tée à certaines catégories d'urgence, par exemple les désordres et émeutes majeures. Ce faisant, nous introduirions le jugement de la Cour dans la sphère des responsabilités régulièrement assignées aux chefs d'institutions. Bien que des situations de ce type devraient être précisées, je crois que la définition à adopter aurait également à tenir compte de l'existence d'autres situations dans lesquelles la fouille à nu de détenus de sexe masculin en présence d'un gardien de sexe féminin doit être pratiquée de façon immédiate<sup>6</sup>.

### Dispositif

Je conclurais en accueillant l'appel dans la mesure que j'ai indiquée et en modifiant le paragraphe 1 du jugement porté en appel de la manière suivante:

1. en ajoutant l'expression «de sexe masculin» immédiatement avant les termes «des pénitenciers» et les mots «par un agent de sexe féminin du Service correctionnel ou en sa présence dans une situation autre qu'une situation d'urgence» après le mot «pénitenciers» à la quatrième ligne;

2. en ajoutant le terme «de sexe masculin» immédiatement après le mot «détenus» à la cinquième ligne;

3. en ajoutant à la fin de ce paragraphe les termes «dans la mesure de cette incompatibilité.»

de sorte que ce paragraphe ainsi modifié sera libellé de la façon suivante:

1. IL EST JUGÉ ET DÉCLARÉ QUE l'alinéa 41(2)c) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. 1978, chap. 1251, dans la mesure où il vise à autoriser la fouille des détenus de sexe masculin des pénitenciers par un agent du Service correctionnel de sexe féminin ou en sa présence dans une situation autre qu'une situation d'urgence est, dans sa forme actuelle, incompatible avec les droits garantis aux détenus de sexe masculin des pénitenciers par l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, aux fins d'autorisation de ces fouilles, est inopérant et n'a aucune force ni effet dans la mesure de cette incompatibilité.

L'intimé a également prétendu que le juge avait commis une erreur de droit en rejetant sa préten-

<sup>6</sup> Dans l'affaire *Sterling v. Cupp*, 625 P.2d 123 (Or. 1981), par exemple, l'expression «emergency situation» ([TRADUCTION] «situation d'urgence») figurant dans les règles administratives d'une prison, a été redéfinie de façon large comme désignant [TRADUCTION] l'«apparition d'une circonstance imprévue qui appelle l'adoption de mesures correctrices immédiates».

exists in a penitentiary inmate a general right to the privacy that is guaranteed by section 7 of the Charter. As the question is not squarely raised for our decision, I do not feel the necessity of taking it up at this time.

As no costs are requested by the appellant, none will be awarded.

MAHONEY J.: I agree.

LACOMBE J.: I agree.

tion que le détenu de pénitencier possède un droit général à la vie privée qui est garanti par l'article 7 de la Charte. Comme cette question ne se trouve pas proprement soulevée devant nous, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'en traiter à ce point ci.

L'appelant n'ayant point réclamé de dépens, aucuns ne seront adjugés.

LE JUGE MAHONEY: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE LACOMBE: Je souscris à ces motifs.