

A-537-87

A-537-87

Her Majesty the Queen (Appellant) (Defendant)

v.

Philip Conway (Respondent) (Plaintiff)**INDEXED AS: WEATHERALL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)****Court of Appeal, Heald, Marceau and Desjardins JJ.A.—Ottawa, May 1, 2 and July 13, 1990.**

Penitentiaries — Unannounced presence of female guards in male inmates' living areas ("winds") and frisk searches of male inmates by female guards in penitentiary not contrary to Charter, ss. 7, 8 or 15 — Reasonableness of search under s. 8 determined by balancing public interest in providing equal opportunities for women and enhancing quality of life in prisons against individual's loss of privacy — Whether mere viewing or surveillance constituting search.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Penitentiaries — Appeal from trial judgment holding unannounced presence of female guards in male inmates' living areas during daytime in non-emergency situations violation of Charter, s. 8 as unreasonable searches — Appeal allowed — Public interest in prison security, equal opportunities for women, and enhancing quality of life in prisons outweighing individual's loss of privacy — Trial Judge correctly holding frisk searches of male inmates by female guards not breaching Charter, s. 8 as trivial intrusion of privacy.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Alleged inequality of treatment between male and female inmates as only males subjected to cross-gender frisk searches and surveillance — Not created by law, but by hiring policy — Not so prejudicial as to amount to discrimination — Conforming to societal differences between sexes — Charter, s. 15(2) only validating inequality inherent in affirmative action program itself.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Charter, s. 7 not applicable to frisk searches and presence of female guards in male inmates' living areas in penitentiaries.

This was an appeal from the Trial Judge's declaration that at Collins Bay Penitentiary it is unlawful, except in emergencies, for female guards to view male inmates in their cells without their express or implied consent where such viewing is neither

Sa Majesté la Reine (appelante) (défenderesse)

c.

a

Philip Conway (intimé) (demandeur)**RÉPERTORIÉ: WEATHERALL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)****Cour d'appel, juges Heald, Marceau et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 1^{er} et 2 mai et 13 juillet 1990.**

Pénitenciers — La présence non annoncée de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles de détenus du sexe masculin («rondes éclairs») et la fouille par palpation de ces mêmes détenus par des gardiens du sexe féminin dans un pénitencier ne sont pas contraires aux art. 7, 8 ou 15 de la Charte — Pour déterminer si une fouille est abusive au sens de l'art. 8, il faut mettre en balance l'intérêt qu'a le public à garantir aux femmes l'égalité d'accès à l'emploi et à améliorer la qualité de la vie carcérale et l'intrusion dans la vie privée des particuliers — Une simple observation ou surveillance constitue-t-elle une fouille?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Appel d'un jugement par lequel la Section de première instance a jugé que la présence non annoncée de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles de détenus du sexe masculin durant la journée dans des situations ne présentant pas de caractère d'urgence contrevenait à l'art. 8 de la Charte parce qu'elle constitue une fouille abusive — L'appel est accueilli — L'intérêt qu'a le public à l'égard de la sécurité en milieu carcéral, de l'égalité d'accès à l'emploi pour les femmes et de l'amélioration de la qualité de la vie carcérale l'emporte sur l'intrusion dans la vie privée des particuliers — C'est à bon droit que le juge de première instance a statué que la fouille par palpation des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin ne portait pas atteinte à l'art. 8 de la Charte parce qu'il s'agit d'une intrusion négligeable dans la vie privée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — On prétend qu'il y a une inégalité de traitement entre les détenus du sexe masculin et ceux du sexe féminin car seuls les premiers font l'objet de fouilles par palpation et de rondes de surveillance de la part de personnes du sexe opposé — Cette présumée inégalité n'est pas créée par la loi, mais par une politique d'embauche — Elle n'est pas préjudiciable au point de constituer une discrimination — Elle respecte les différences sociales entre les hommes et les femmes — L'art. 15(2) de la Charte ne valide que les inégalités inhérentes au programme d'action positive lui-même.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 7 de la Charte ne s'applique pas aux fouilles par palpation et à la présence de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus du sexe masculin dans les pénitenciers.

Il s'agit d'un appel du jugement par lequel le juge de première instance a déclaré qu'au pénitencier de Collins Bay les gardiens du sexe féminin ne peuvent légalement observer les détenus du sexe masculin dans leur cellule, sans leur consente-

previously scheduled nor announced. The respondent, an inmate at Collins Bay, did not complain about a specific incident, but about the general practices of frisk searching male inmates by female guards and the presence of female guards in the male inmates' living areas in non-emergency situations. Frisk searches are conducted routinely at certain points throughout the institution. The respondent contended that they were unreasonable simply because they were cross-gender. Guards enter the inmates' living areas for regular prisoner counts four times a day, for surveillance patrols (termed "winds") once per hour but at irregular times so as to maintain an element of surprise, and to escort prisoners elsewhere. The respondent complained that sometimes female guards saw male inmates undressed or performing such personal functions as using the toilet. The Trial Judge found that there were conflicts between inmates' right to privacy and the right of women to equal opportunities for employment in the federal prison system. He rejected the application of Charter, section 7, a more general section in view of the specificity of section 8, which protects against unreasonable search and seizure. He held that the activities complained of—the mandatory examination by public officers of premises, persons and activities for law enforcement purposes—qualified as a "search". In determining whether such searches were unreasonable, he held that reasonableness in execution included respect for normal standards of public decency to the extent that the constraints implicit in the situation reasonably permit. His view was that reasonable alternatives could be developed regarding the unscheduled visits. He concluded that, except in periods of emergencies, the day "winds" caused an unnecessary invasion of the privacy of male inmates (at night, prisoners could ensure that they were not indecently exposed). Routine frisk searches were found to constitute only trivial intrusions of privacy, and if more than trivial, the limited nature of the intrusion was offset by the public interest. As to the allegation of inequality of treatment because only men are subjected to cross-gender frisks and surveillance, the Trial Judge referred to the affirmative action program and to subsection 15(2). The inequality resulting from the absence of an affirmative action program for male employees in the federal women's prison was also protected by subsection 15(2).

Held, the appeal should be allowed.

Per Desjardins J.A. (Heald J.A. concurring): The guarantee of security from unreasonable search and seizure under Charter, section 8 only protects a reasonable expectation. An assessment had to be made as to whether the public's interest in being left alone by government has to give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order

ment formel ou implicite, lorsqu'une telle observation n'a été portée ni à la connaissance générale des détenus concernés, ni préalablement annoncée. L'intimé, qui est détenu à Collins Bay, ne s'est plaint d'aucun incident précis mais plutôt de deux usages généralement répandus, à savoir les fouilles par palpation effectuées sur les détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin et la présence des gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus du sexe masculin dans des situations ne présentant pas de caractère d'urgence. Les fouilles par palpation sont effectuées systématiquement à certains postes, partout dans l'établissement. L'intimé prétend que ces fouilles sont abusives du simple fait qu'elles sont effectuées par des personnes du sexe opposé. Les gardiens entrent à l'intérieur des unités résidentielles des détenus pour procéder au dénombrement régulier des prisonniers quatre fois par jour, pour effectuer des rondes de surveillance (qui sont qualifiées de «rondes éclairs»), lesquelles ont lieu toutes les heures mais à intervalles irréguliers afin de créer un élément de surprise, ou pour amener les prisonniers ailleurs. L'intimé s'est plaint du fait qu'il arrive aux gardiens du sexe féminin de voir des détenus du sexe masculin déshabillés, ou occupés à des activités intimes telles que l'utilisation des toilettes. Le juge de première instance a conclu qu'il y avait un conflit entre le droit que possèdent les détenus à la protection de leur vie privée et le droit des femmes à l'égalité des chances en matière d'emploi au sein du système carcéral fédéral. Il a écarté l'application de l'article 7 de la Charte, qui est un article plus général, étant donné que l'article 8, qui protège contre les fouilles, les saisies et les perquisitions abusives, s'appliquait plus particulièrement à l'affaire. Il s'est dit d'avis que les activités reprochées—l'examen obligatoire, par des fonctionnaires, de locaux, de personnes et d'activités dans le but de faire respecter la loi—répondaient à la définition du mot «fouille». Pour déterminer si cette fouille était abusive, il a estimé que le caractère raisonnable de l'exécution comprenait le respect des règles normales de la décence dans la mesure où cela est normalement permis par les restrictions découlant implicitement de la situation. Il s'est dit d'avis que l'on pouvait trouver des solutions de rechange acceptables au sujet des visites à l'improviste. Il a conclu que, sauf en cas d'urgence, les «rondes éclairs» de jour constituaient une intrusion inutile dans la vie privée des détenus du sexe masculin (la nuit, les prisonniers peuvent prendre des précautions pour se couvrir). Il a jugé que la fouille par palpation ne donnait lieu qu'à une intrusion négligeable dans la vie privée et que même si l'intrusion n'était pas négligeable, son caractère très limité était contrebalancé par l'intérêt public. Quant à l'allégation d'inégalité de traitement découlant du fait que seuls les hommes font l'objet de fouilles et de rondes de surveillance de la part de personnes du sexe opposé, le juge de première instance a fait référence au programme d'action positive et au paragraphe 15(2). L'inégalité résultant de l'absence de programme d'action positive permettant aux hommes de travailler dans les prisons fédérales pour femmes était également protégée par le paragraphe 15(2).

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

Le juge Desjardins, J.C.A. (avec l'appui du juge Heald, J.C.A.): La garantie de protection prévue par l'article 8 contre les fouilles, les saisies et les perquisitions abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Il faut apprécier si 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

to advance its goals, notably law enforcement. The Trial Judge was required to determine what a reasonable person would consider reasonable in the circumstances. While being viewed from the waist up at the time ablution facilities are used offends public decency and the privacy of the inmates to a certain extent, whether the guards are male or female, surveillance patrolling by means of counts or "winds" are necessary to maintain order and verify that prisoners are still alive. The Trial Judge's differentiation between day and nighttime cross-gender "winds" was not justified. Inmates may not necessarily be able to prevent being observed in embarrassing situations at night and announcing the "winds" would render them useless. The "vestibuling" of female guards while male guards patrol would create two classes of guards. The presence of female guards serves the public interest by allowing women access to jobs previously denied to them, and enhances the quality of life in the prisons and the rehabilitation of the inmates. Any reduction of the responsibilities of female guards might be more detrimental to the prison system than the intrusion of privacy complained of by the respondent. On balance, the goals pursued by the state override the concerns of the respondent. No breach of section 8 is committed when day "winds" are conducted by female guards. The presence, at all times, of female guards, in discharging their professional duties, in the living areas at the penitentiary is not unreasonable.

The Trial Judge was correct in not applying section 7 of the Charter. Frisk searches of male prisoners by female guards do not constitute a breach of the rights guaranteed by sections 7, 8 or 15.

Per Marceau J.A. (concurring in the result): A mere viewing or surveillance in plain view cannot constitute a search within the meaning of Charter section 8. Even if it were a search, the characteristics of the individual doing the viewing or surveillance, i.e. his or her sex, civil status, colour, social condition or age do not affect the "manner" in which the search is carried out, and therefore cannot make an otherwise reasonable search unreasonable. Finally, a person convicted of a crime punishable by confinement in a penitentiary, is not entitled to a reasonable expectation that the surveillance to which he will be subjected will be carried out by someone with characteristics acceptable to him. Once it is established that in a prison setting surveillance is necessary, the presence of professional female officers should have no further effect under section 8 than the presence of a female nurse in a hospital.

The Trial Judge confirmed the reasonableness of the frisk search under section 8 and the exceptional validation of any inequality under section 15 by considering the affirmative action program aimed at opening employment opportunities to women. That was an extraneous consideration to the balancing of the individual's reasonable expectation of privacy and the

privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi. Le juge de première instance était tenu de déterminer ce qu'une personne raisonnable considérerait raisonnable dans les circonstances. Même si le fait d'être vu à partir de la ceinture lorsqu'on utilise les lavabos choque jusqu'à un certain point les convenances sociales et constitue une atteinte à la vie privée des détenus, que le gardien soit du sexe masculin ou du sexe féminin, les rondes de surveillance effectuées sous forme de dénombrements ou de «rondes éclairs» sont nécessaires pour maintenir l'ordre et pour s'assurer que les prisonniers sont vivants. La distinction que le juge de première instance a faite entre les «rondes éclairs» de jour et celles qui sont effectuées la nuit par des personnes du sexe opposé n'était pas justifiée. Les détenus ne sont pas toujours nécessairement capables de prendre des précautions pour éviter d'être vus dans des situations embarrassantes la nuit, et annoncer les «rondes éclairs» rendrait celles-ci inutiles. Le fait pour les gardiens du sexe féminin de «monter la garde» pendant que les gardiens du sexe masculin effectuent la ronde de surveillance créerait deux catégories de gardiens. La présence de gardiens du sexe féminin sert l'intérêt public parce qu'elle permet aux femmes d'occuper des emplois auxquels elles n'avaient jusqu'alors pas accès et parce qu'elle améliore la qualité de la vie carcérale et favorise la réadaptation des détenus. Toute diminution de la charge de travail des gardiens du sexe féminin pourrait nuire davantage au système carcéral que l'atteinte à la vie privée dont se plaint l'intimé. À tout prendre, les objectifs poursuivis par l'État l'emportent sur les préoccupations de l'intimé. Aucune violation de l'article 8 n'est commise lorsque les «rondes éclairs» de jour sont effectuées par des gardiens du sexe féminin. La présence continue de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles du pénitencier pour des raisons professionnelles n'est pas déraisonnable.

Le juge de première instance a eu raison de ne pas appliquer l'article 7 de la Charte. La fouille par palpation des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin ne constitue pas une violation des droits garantis par les articles 7, 8 ou 15.

Le juge Marceau, J.C.A. (motifs concordants quant au dispositif): Une simple observation ou surveillance effectuée à la vue de tous ne peut pas constituer une fouille au sens de l'article 8 de la Charte. Même si c'était une fouille, les caractéristiques de la personne qui effectue l'observation ou la surveillance, c'est-à-dire son sexe, son statut civil, sa couleur, sa condition sociale ou son âge, n'ont pas d'incidence sur la «façon» dont la fouille est effectuée et ne sont pas susceptibles de rendre abusive une fouille qui serait par ailleurs raisonnable. Finalement, une personne qui est reconnue coupable d'un crime punissable par l'incarcération dans un pénitencier n'a pas raisonnablement le droit de s'attendre à ce que la surveillance à laquelle elle sera assujettie sera effectuée par une personne qui possède des caractéristiques qu'elle juge acceptables. Une fois qu'on a établi qu'en milieu carcéral, la surveillance est nécessaire, la présence d'agents professionnels du sexe féminin n'a pas plus de conséquence pour l'application de l'article 8 que la présence d'infirmières dans un hôpital.

Le juge de première instance a confirmé le caractère raisonnable de la fouille par palpation au sens de l'article 8 et la validation exceptionnelle de toute inégalité en vertu de l'article 15 en tenant compte du programme d'action positive visant à offrir des chances d'emploi aux femmes. C'était un facteur étranger à la mise en balance du droit de l'individu de s'atten-

government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals. It was not linked to the search itself. Subsection 15(2) is there to validate only the inequality inherent in an affirmative action program itself.

If the Charter extended its protection to interference with personal feelings, it would only be through the concept of security of the person under section 7. The affirmative action program would then be considered under the fundamental justice requirement and the possible ill effect on the personal feelings of a few would easily be outbalanced by the other conflicting considerations of public interest, namely the promotion of employment equity and the enhancement of psychological conditions in the prison.

Section 15 does not apply merely because male inmates are subject to "cross-gender" frisk searches and surveillance and female inmates are not. This "inequality" is created by a hiring policy and a special directive and not by law. It does not prejudice men in a way significant enough to speak of discrimination, and is in keeping with societal differences between men and women.

dre raisonnablement à la protection de sa vie privée et du droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers dans le but de réaliser ses fins. Il n'était pas lié à la fouille elle-même. Le paragraphe 15(2) a pour seul but de valider l'inégalité inhérente au programme d'action positive lui-même.

^a Si la protection de la Charte s'étendait effectivement aux atteintes portées aux sentiments, ce ne pourrait être que par l'intermédiaire du concept de la sécurité de la personne prévu à l'article 7. Le programme d'action positive serait alors examiné en fonction de l'exigence de la justice fondamentale et les effets néfastes éventuels sur les sentiments personnels de quelques personnes seraient facilement contrebalancés par les autres considérations opposées relatives à l'intérêt public, à savoir la promotion de l'équité dans l'emploi et l'amélioration des conditions psychologiques au sein de la prison.

^c L'article 15 ne s'applique pas du simple fait que, contrairement aux détenus du sexe féminin, les détenus du sexe masculin font l'objet de fouilles par palpation et de surveillance de la part de personnes du sexe opposé. Cette «inégalité» est créée par une politique d'embauche et une directive spéciale et non par une règle de droit. Elle ne cause pas un préjudice aux hommes d'une façon suffisamment grave pour qu'on puisse parler de discrimination et elle respecte les différences sociales entre les hommes et les femmes.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 8, 15, 24(2), 28.
Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251.

LOIS ET RÈGLEMENTS

^e *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.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 15, 24(2), 28.
^f *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 27.

REVERSED:

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

CONSIDERED:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *R. v. John* (1986), 28 C.C.C. (3d) 200; 24 C.R.R. 105; 40 M.V.R. 191 (B.C.C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

^g *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; (1984), 55 A.R. 291; 11 D.L.R. (4th) 641; [1984] 6 W.W.R. 577; 33 Alta L.R. (2d) 193; 27 B.L.R. 297; 14 C.C.C. (3d) 97; 2 C.P.R. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 97; 9 C.R.R. 355; 84 DTC 6467; 55 N.R. 241; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 27.

DÉCISION INFIRMÉE:

ⁱ *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

^j *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *R. v. John* (1986), 28 C.C.C. (3d) 200; 24 C.R. 105; 40 M.V.R. 191 (C.A.C.-B.).

REFERRED TO:

R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud, [1969] 1 O.R. 373; (1969), 2 D.L.R. (3d) 545; [1969] 1 C.C.C. 371; 5 C.R.N.S. 317 (C.A.); *R. v. Anderson* (1984), 45 O.R. (2d) 225; 7 D.L.R. (4th) 306; 10 C.C.C. (3d) 417; 39 C.R. (3d) 193; 2 O.A.C. 258 (C.A.); *R. v. Hebb* (1985), 66 N.S.R. (2d) 91; 152 A.P.R. 91; 17 C.C.C. (3d) 545; 33 M.V.R. 174 (C.A.); *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Sub-Committee on the Penitentiary System in Canada. *Report to Parliament*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1977.

COUNSEL:

Brian J. Saunders for appellant (defendant).

Fergus O'Connor and *Donald Bailey* for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (defendant).

O'Connor, Ecclestone and Kaiser, Kingston, Ontario, for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A. (*concurring in the result*): I readily agree with Madame Justice Desjardins that this appeal must succeed, but the reasons which lead me to that conclusion differ so substantially from hers that I feel bound to express my personal views, if only briefly.

It would serve no purpose for me to go through yet another review of the facts and the proceedings: I simply refer to the reasons of my colleague. To introduce and make understandable the brief comments I wish to make, I need only repeat the essential aspects of the findings of the Trial Judge [[1988] 1 F.C. 369].

With respect to frisk searches of male inmates by female guards, the Trial Judge came to the

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, Ex p. MacCaud, [1969] 1 O.R. 373; (1969), 2 D.L.R. (3d) 545; [1969] 1 C.C.C. 371; 5 C.R.N.S. 317 (C.A.); *R. v. Anderson* (1984), 45 O.R. (2d) 225; 7 D.L.R. (4th) 306; 10 C.C.C. (3d) 417; 39 C.R. (3d) 193; 2 O.A.C. 258 (C.A.); *R. v. Hebb* (1985), 66 N.S.R. (2d) 91; 152 A.P.R. 91; 17 C.C.C. (3d) 545; 33 M.V.R. 174 (C.A.); *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.).

DOCTRINE

Canada, Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. Sous-comité sur le Régime d'institutions pénitentiaires au Canada. *Rapport au Parlement*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services du Canada, 1977.

AVOCATS:

Brian J. Saunders pour l'appelante (défenderesse).

Fergus O'Connor et *Donald Bailey* pour l'intimé (demandeur).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (défenderesse).

O'Connor, Ecclestone and Kaiser, Kingston, Ontario, pour l'intimé (demandeur).

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (*motifs concordants quant au résultat*): Je conviens volontiers avec Madame le juge Desjardins que le présent appel doit être accueilli, mais les motifs qui m'amènent à cette conclusion diffèrent à ce point des siens que je m'estime obligé d'exprimer mes vues personnelles, ne serait-ce que brièvement.

Il ne servirait à rien que je passe à nouveau en revue les faits et la procédure: je m'en reporte simplement aux motifs de ma collègue. Pour introduire et rendre compréhensibles les brefs commentaires que je désire formuler, il me suffira de répéter les aspects essentiels des conclusions du juge de première instance [[1988] 1 C.F. 369].

En ce qui concerne les fouilles par palpation des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe

view that the intrusion on privacy they imply is too "trivial" to raise a problem under section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The inequality of treatment between women and men which results from the fact that only men are subjected to such cross-gender frisk searches could bring into play the prohibition of subsection 15(1), but it is validated, under subsection 15(2), by the affirmative action program adopted to enable women to have adequate job opportunities in the federal correctional service. With respect to the patrolling by female guards of the actual living areas of male prisoners, the Trial Judge found that, except in emergency situations, section 8 of the Charter protects inmates, during normal waking hours, from such unexpected surveillance patrols. Indeed, these "winds", in his view, were searches within the meaning of section 8 and, when conducted by female guards, they constituted an intrusion on human dignity by going against societal norms of decency. As to whether such an invasion into the privacy of male inmates could not be validated by the affirmative action program, he thought that it could not, since a prohibition of unscheduled or unannounced patrolling by female guards would neither cause serious administrative problems in institutions nor significantly impair the career opportunities of female officers. So, the Trial Judge saw fit to dispose of the action as follows:

It is hereby ordered and adjudged that

- (1) it be declared that at Collins Bay Penitentiary it is unlawful, except in emergency situations, for female guards to view male inmates in their cells without their express or implied consent where such viewing is neither previously scheduled to the general knowledge of inmates affected nor previously announced to them by reasonable means; and
- (2) there be no costs awarded.

féminin, le juge de première instance en est venu à la conclusion que l'atteinte à la vie privée qu'elles impliquaient était trop «négligeable» pour soulever un problème relativement à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. L'inégalité de traitement entre les femmes et les hommes qui résulte du fait que seuls les hommes font l'objet de fouilles par palpation de la part de personnes du sexe opposé pourrait mettre en jeu l'interdiction formulée au paragraphe 15(1), mais elle est validée, en vertu du paragraphe 15(2), par le programme d'action positive adopté pour permettre aux femmes de bénéficier de chances d'emploi adéquates au sein du service correctionnel fédéral. En ce qui concerne les rondes de surveillance effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les unités où résident effectivement les prisonniers du sexe masculin, le juge de première instance a conclu que, sauf en cas d'urgence, l'article 8 de la Charte protège les détenus, durant les heures normales de veille, de ces rondes de surveillances faites à l'improviste. De fait, ces «rondes éclairs» sont, à son avis, des fouilles au sens de l'article 8 et, lorsqu'elles sont effectuées par des gardiens du sexe féminin, elles constituent une atteinte à la dignité humaine parce qu'elles vont à l'encontre des normes sociales de la décence. Quant à la question de savoir si cette atteinte à la vie privée des détenus du sexe masculin ne pouvait être validée par le programme d'action positive, il a estimé qu'elle ne le pouvait pas, car l'interdiction des rondes de surveillance non prévues ou non annoncées effectuées par des gardiens du sexe féminin ne créerait pas de graves problèmes administratifs dans les établissements et ne nuirait pas de façon significative à la carrière des agents du sexe féminin. Ainsi donc, le juge de première instance a jugé bon de trancher l'action de la façon suivante:

i La Cour statue que:

- 1) au pénitencier de Collins Bay, les gardiennes ne peuvent pas légalement, sauf en cas d'urgence, observer des détenus de sexe masculin dans leur cellule, sans leur consentement formel ou implicite, lorsqu'une telle observation n'a été ni portée à la connaissance générale des détenus concernés, ni préalablement annoncée par des voies normales;
- 2) aucuns dépens ne sont adjugés.

Madame Justice Desjardins, as I read her reasons, accepts the approach of the Trial Judge and follows a reasoning that corresponds to his. Her disagreement comes, in effect, from a different appreciation of the relative importance of the competing interests involved. More particularly, she attaches more weight than the Trial Judge to the affirmative action program—the evidence having shown that not only had the program fulfilled its prime goal of opening job opportunities to women but it had significantly improved the atmosphere in the institutions—and she does not think, on the basis of the evidence adduced, that a prohibition as ordered by the Trial Judge would leave the program intact.

My objections to the reasoning and findings of the Trial Judge are much more substantial than those of my colleague, and the approach I would adopt to dispose of the action differs markedly from hers.

I will start with difficulties I have with the form of the declaration as issued. These are only minor, of course, but I mention them because they remain part of my reaction, and in fact are not without some connection with the more substantial points I will come to afterwards.

It seems to me that the declaration as formulated could not be fully effective and did not quite correspond to the findings to which it was meant to give effect. On the one hand, the conditions and limitations to which the prohibition was subject would have made the order extremely difficult to apply. The notions of “implied consent” and “reasonable means” are in themselves quite evasive, but more particularly the term “to view” does not appear, in the circumstances, wholly appropriate. A declaration of unconstitutionality should, I would have thought, be more definitive and more precise. On the other hand, the limitation to the Collins Bay Penitentiary did not correspond to the prayer for relief¹ and was not fully in keeping with the evidence. It is not clear on what basis it could be said that the “viewing” at Collins Bay could be

Si j'ai bien compris ses motifs, le juge Desjardins accepte l'approche du juge de première instance et suit un raisonnement qui correspond au sien. Son désaccord provient, en fait, d'une appréciation différente de l'importance relative des intérêts opposés en présence. Plus particulièrement, elle attache plus d'importance que le juge de première instance au programme d'action positive—étant donné que la preuve démontrait que non seulement le programme avait atteint son objectif premier d'offrir des chances d'emploi aux femmes mais qu'il avait amélioré de façon considérable le climat carcéral—et elle ne croit pas, d'après la preuve produite, qu'une interdiction comme celle qu'a ordonné le juge de première instance laisserait le programme intact.

Mes objections au raisonnement et aux conclusions du juge de première instance sont beaucoup plus importantes que celles de ma collègue, et l'approche que j'adopterais pour trancher l'action diffère de façon marquée de la sienne.

Je débiterai avec les objections que je désire formuler au sujet de la forme du jugement déclaratoire qui a été prononcé. Ces objections sont minimes, évidemment, mais je les mentionne parce qu'elles font partie de ma réaction, et qu'en fait elles ne sont pas sans rapport avec les points plus importants que j'aborderai par la suite.

Il me semble que tel qu'il est formulé, le jugement déclaratoire ne pouvait être pleinement exécutoire et qu'il ne correspondait pas tout à fait aux conclusions auxquelles il était censé donner effet. D'une part, les conditions et les restrictions auxquelles l'interdiction a été assujettie auraient rendu l'ordonnance très difficile à appliquer. Les notions de «consentement implicite» et de «voies normales» sont en elles-mêmes très vagues, mais, plus particulièrement, le terme «observer» ne semble pas, dans les circonstances, parfaitement approprié. Une déclaration d'inconstitutionnalité aurait, à mon sens, eu un caractère plus définitif et plus précis. D'autre part, le fait que l'ordonnance ne s'applique qu'à Collins Bay ne correspond pas aux conclusions de la demande¹ et ne s'accorde pas parfaitement avec la preuve. On ne sait pas avec

¹ For convenience, I set out here how the prayer for relief read:

(Continued on next page)

¹ Par souci de commodité, je reproduis le texte des conclusions de la demande:

(Suite à la page suivante)

different from that at other penitentiaries and, if the assessment has to be confined to Collins Bay, it is not clear why the balancing of the conflicting interests involved should bring into play the advantage of opening employment opportunities to women elsewhere than at Collins Bay.

I come now to my real objections to the judgment of the learned Trial Judge.

First and foremost, I cannot accept the *ratio decidendi* supporting the declaration, I mean this finding that the unexpected viewing or surveillance by female guards of male inmates in their living quarters would constitute a breach of section 8 of the Charter. Here is why.

It does not appear to me that a mere viewing or surveillance in plain view can constitute a search within the meaning of section 8 of the Charter. A search, it seems to me, implies an effort to find what is concealed, to get past the shield surrounding privacy, to defeat the efforts of an individual to keep hidden certain elements pertaining to his life or personality. It is true that during a surveillance period or in the course of a patrol in a penitentiary, a search may be initiated as a result of suspicious observations. It is also true that in a prison environment, an inmate loses much of his control over what he may wish to conceal and keep away from public scrutiny. But that does not make a mere surveillance a search (comp. *R. v. Hebb* (1985), 66 N.S.R. (2d) 91 (C.A.)).

Assuming, *arguendo*, that it is a search, I don't see how I could convince myself that the charac-

(Continued from previous page)

- I. A Declaration that frisk searching by female guards upon male inmates involving bodily contact in non-emergency situations is unlawful; and
- II. For female guards to be present or to be assigned to duties which would, in the normal course, put them in a position to view male inmates in lavatory facilities or otherwise in states of undress, is unlawful; and
- III. It is unlawful, except in emergency situations, for female guards to patrol the actual living areas of male prisoners; . . .

certitude sur quel fondement on peut prétendre que l'«observation» faite à Collins Bay pourrait être différente de celle qui aurait lieu dans d'autres pénitenciers et, si l'appréciation doit se borner à Collins Bay, on ne sait pas exactement pourquoi on devrait tenir compte de l'avantage d'offrir des chances d'emploi aux femmes ailleurs qu'à Collins Bay pour apprécier l'importance relative des intérêts opposés en présence.

Je passe maintenant aux véritables objections que je crois devoir formuler au sujet du jugement du juge de première instance.

D'abord et avant tout, je ne peux souscrire au fondement du jugement déclaratoire, en l'occurrence la conclusion que l'observation ou la surveillance à l'improviste des détenus du sexe masculin dans leurs unités résidentielles par des gardiens du sexe féminin constituerait une violation de l'article 8 de la Charte. Voici pourquoi.

Il ne me semble pas qu'une simple observation ou surveillance effectuée à la vue de tous puisse constituer une fouille au sens de l'article 8 de la Charte. À mon avis, une fouille suppose un effort en vue de découvrir quelque chose de caché, pour forcer le bouclier qui protège ce qu'on cherche à tenir secret, pour faire échouer les tentatives que fait une personne pour garder cachés certains éléments se rapportant à sa vie ou à sa personnalité.

Il est vrai que durant une période de surveillance ou au cours d'une ronde de patrouille dans un pénitencier, on peut entreprendre une fouille à la suite d'observations ayant éveillé des soupçons. Il est également vrai que dans le milieu carcéral, le détenu perd en grande partie son droit de regard sur ce qu'il peut désirer cacher et soustraite à un examen minutieux public. Mais cela ne fait pas une fouille d'une simple surveillance (comparer avec *R. v. Hebb* (1985), 66 N.S.R. (2d) 91 (C.A.)).

Si l'on suppose, pour les fins du débat, qu'il s'agit d'une fouille, je ne vois pas comment je

(Suite de la page précédente)

[TRADUCTION] Un jugement déclarant illégales:

- I. Les fouilles par palpation effectuées par des gardiens du sexe féminin sur des détenus du sexe masculin et impliquant un contact corporel dans des situations non urgentes;
- II. La présence de gardiens du sexe féminin ou leur affectation à des tâches qui leur permettraient normalement d'observer des détenus du sexe masculin dans les salles de toilette ou dans un endroit où ils sont dévêtus;
- III. Sauf dans des situations d'urgence, les rondes effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des prisonniers du sexe masculin; . . .

teristics of the individual doing the viewing or the surveillance, for example his or her sex or civil status or colour or social condition or age, could be seen as factors affecting the "manner" in which the search is carried out and therefore capable of making what is otherwise a reasonable search unreasonable. And I will go a step further to express completely my thinking. Even if I were to be convinced that a surveillance is a search and that the individual characteristics of the person doing the surveillance go to the manner in which the search is carried out and may render the search unreasonable within section 8 of the Charter, I think I could never accept that an individual convicted of a crime punishable by confinement in a penitentiary has a reasonable expectation that the surveillance to which he will necessarily be subjected will be carried out only by someone with characteristics acceptable to him. In my view, if the Charter may be interpreted as guaranteeing protection for personal interests and feelings such as those here invoked, be they linked to natural modesty, cultural background, or religious concerns, it is not through section 8. Once it is established that, in a prison setting, surveillance, including unannounced patrols of the living areas, is necessary, the presence of professional female officers should have no further effect under section 8 than should the presence of a female nurse in a hospital setting.

I also have difficulties with the reasoning on the basis of which the Trial Judge rejected the contention that a frisk search of a male inmate by a female guard would violate the prohibition of section 8 of the Charter as being unreasonable and that of section 15 of the Charter as creating an inequality between men and women. It is, it will be remembered, by taking into consideration the affirmative action program aimed at opening employment opportunities to women that the Trial Judge confirmed the reasonableness of the search under section 8 and the exceptional validation of any inequality under section 15.

pourrais me convaincre que les caractéristiques de l'individu qui effectue l'observation ou la surveillance, comme par exemple son sexe, son statut civil, sa couleur, sa condition sociale ou son âge, pourraient être considérées comme des facteurs qui ont une incidence sur la «façon» dont la fouille est effectuée et qui sont en conséquence susceptibles de rendre abusive une fouille qui serait par ailleurs raisonnable. Et j'irais plus loin pour exprimer à fond ma pensée. Même si je devais être convaincu qu'une surveillance constitue une fouille et que les caractéristiques individuelles de la personne qui effectue la surveillance ont une incidence sur la façon dont la fouille est effectuée et qu'elles peuvent rendre la fouille abusive au sens de l'article 8 de la Charte, je pense que je ne pourrais jamais accepter qu'une personne qui est reconnue coupable d'un crime punissable par l'incarcération dans un pénitencier s'attende raisonnablement à ce que la surveillance à laquelle elle sera nécessairement assujettie sera effectuée uniquement par une personne qui possède des caractéristiques qu'elle juge acceptables. À mon avis, si la Charte peut être interprétée comme garantissant la protection des intérêts personnels et des sentiments comme ceux qui sont invoqués en l'espèce, qu'ils se rattachent à la modestie naturelle, au milieu culturel ou à des préoccupations d'ordre religieux, ce n'est pas par l'intermédiaire de l'article 8. Une fois qu'on a établi qu'en milieu carcéral, la surveillance, y compris les rondes de patrouille faites à l'improviste dans les unités résidentielles, est nécessaire, la présence d'agents professionnels du sexe féminin n'a pas plus de conséquence pour l'application de l'article 8 que la présence d'infirmières ne devrait en avoir en milieu hospitalier.

Il me paraît également difficile d'accepter le raisonnement qu'a suivi le juge de première instance pour rejeter la prétention que la fouille par palpation d'un détenu du sexe masculin par un gardien du sexe féminin violerait l'interdiction énoncée à l'article 8 de la Charte parce qu'une telle fouille est abusive, et celle de l'article 15 de la Charte, parce qu'elle crée une inégalité entre les hommes et les femmes. C'est, on s'en souviendra, en tenant compte du programme d'action positive visant à offrir des chances d'emploi aux femmes que le juge de première instance a confirmé le caractère raisonnable de la fouille au sens de l'article 8 et la validation exceptionnelle de toute inégalité en vertu de l'article 15.

The Supreme Court in the landmark case of *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, has indicated that to appreciate the reasonableness of a search under section 8, a balancing had to be made between the individual's reasonable expectation of privacy, i.e. his reasonable expectation that he will be "left alone by government", and "the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement" (at pages 159-160). The opening of job opportunities for women is, it seems to me, an extraneous consideration in such an analysis; it is obviously not directly linked to the search itself. If a search is unreasonable because it offends a reasonable expectation of privacy, how can it then be rendered reasonable by the fact that it contributes to the opening of job opportunities.

And to try to validate the alleged inequality of treatment under subsection 15(1) of the Charter by speaking of the affirmative action program and referring to subsection 15(2) appears to me no more acceptable. As I understand it, subsection 15(2) is there to validate the inequality inherent in an affirmative action program itself and no other. For instance, the fact that male guards are not treated exactly as female guards in so far as they are excluded from women's penitentiaries will be directly excused by subsection 15(2). But again I do not see how subjecting male inmates to a treatment allegedly more harsh than that reserved to female inmates could be redeemed by a desire to give women more job opportunities.

In my view, the action should have been dismissed on the basis of a straightforward reasoning revolving around only a few simple propositions.

It is very doubtful that the Charter, which is concerned with the most basic personal rights, could be interpreted as protecting from any interference with feelings, reactions or sensibilities of the type here involved, however noble, understandable and common they may be.

Dans l'arrêt de principe *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour suprême du Canada a précisé que pour déterminer si une fouille est raisonnable au sens de l'article 8, il fallait mettre en balance le droit de l'individu de s'attendre raisonnablement à la protection de sa vie privée, c'est-à-dire sous droit de s'attendre raisonnablement à «ne pas être importuné par le gouvernement», et le «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» (aux pages 159 et 160). L'offre de chances d'emploi aux femmes est, il me semble, un facteur étranger à cette analyse; elle n'est manifestement pas liée directement à la fouille elle-même. Si une fouille est abusive parce qu'elle porte atteinte au droit du particulier de s'attendre raisonnablement à la protection de sa vie privée, comment le fait qu'elle contribue à offrir des chances d'emploi peut-il rendre cette fouille raisonnable?

Et d'essayer de valider l'inégalité présumée de traitement dont il est question au paragraphe 15(1) de la Charte en parlant du programme d'action positive et en invoquant le paragraphe 15(2) ne me semble pas davantage acceptable. À mon sens, le paragraphe 15(2) a pour seul but de valider l'inégalité inhérente au programme d'action positive lui-même. Ainsi, le fait que les gardiens du sexe masculin ne sont pas traités exactement comme les gardiens du sexe féminin dans la mesure où ils sont exclus des pénitenciers pour femmes sera directement excusé par le paragraphe 15(2). Mais, là encore, je ne vois pas comment l'assujettissement des détenus du sexe masculin à un traitement que l'on prétend plus sévère que celui qui est réservé aux détenus du sexe féminin pourrait être racheté par le désir d'accorder aux femmes davantage de chances d'emploi.

À mon avis, l'action aurait dû être rejetée sur le fondement d'un raisonnement simple tournant autour de quelques principes élémentaires.

Il est très douteux que la Charte, qui vise les droits de la personne les plus fondamentaux, puisse être interprétée comme protégeant contre toute atteinte des sentiments, réactions ou sensibilités du genre de ceux qui sont en cause en l'espèce, aussi nobles, compréhensibles et répandus soient-ils.

If the Charter does extend its protection to interests of that type, it can only be, it seems to me, through the concept of security of the person under section 7 (see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, for a detailed consideration of section 7 rights). Then, through the analysis of the fundamental justice requirement (or if necessary in applying section 1 provided a law is seen to be involved), the affirmative action program will have to be considered and, of course, the consideration of possible ill effect on the personal feelings of a few would easily be outbalanced by the other conflicting considerations of public interest, namely the promotion of employment equity and the enhancement of psychological conditions within the prison.

Finally, I do not think that section 15 of the Charter is brought into play merely by the fact that male inmates are not treated exactly as female inmates since only they are subject to "cross-gender" frisk searches and surveillance. Not only is this so-called inequality created by a hiring policy and a special directive and not by law (cf. *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.)), it does not appear to me to prejudice men in a way significant enough to speak of discrimination and besides, it is in complete keeping with societal differences between men and women.

I would dispose of the appeal as suggested by my colleague.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DESJARDINS J.A.: This is an appeal from a judgment of the Honourable Mr. Justice Barry L. Strayer dated June 9, 1987 whereby he declared that at Collins Bay Penitentiary ("Collins Bay") it is unlawful, except in emergencies, for female guards to view male inmates in their cells without their express or implied consent where such viewing is neither previously scheduled to the general knowledge of the inmates affected nor previously announced to them by reasonable means.

Si la protection de la Charte s'étend effectivement à des intérêts de ce genre, ce ne peut être, il me semble, que par l'intermédiaire du concept de la sécurité de la personne prévu à l'article 7 (voir l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, pour un examen détaillé des droits prévus par l'article 7). Ensuite, par le biais de l'analyse de l'exigence de la justice fondamentale (ou, au besoin, par l'application de l'article premier, à condition qu'on estime qu'une règle de droit est en jeu), le programme d'action positive devra être examiné et, évidemment, le facteur des effets néfastes éventuels sur les sentiments personnels de quelques personnes sera facilement contrebalancé par les autres considérations opposées relatives à l'intérêt public, à savoir la promotion de l'équité dans l'emploi et l'amélioration des conditions psychologiques au sein de la prison.

Finalement, je ne pense pas que l'article 15 de la Charte entre en jeu du simple fait que les détenus du sexe masculin ne sont pas traités exactement comme les détenus du sexe féminin puisqu'ils sont les seuls à faire l'objet de fouilles par palpation et de surveillance de la part de personnes du sexe opposé. Non seulement cette prétendue inégalité est-elle créée par une politique d'embauche et une directive spéciale et non par une règle de droit (cf. *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18 (C.A.)), mais elle ne me semble pas causer un préjudice aux hommes d'une façon suffisamment grave pour parler de discrimination, d'autant plus qu'elle respecte parfaitement les différences sociales entre les hommes et les femmes.

Je trancherais l'appel de la manière suggérée par ma collègue.

* * *

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: La Cour statue sur l'appel interjeté du jugement rendu le 9 juin 1987 par lequel le juge Barry L. Strayer a déclaré qu'au pénitencier de Collins Bay («Collins Bay») les gardiens du sexe féminin ne peuvent légalement observer les détenus du sexe masculin dans leur cellule, sans leur consentement formel ou implicite, lorsqu'une telle observation n'a été ni portée à la connaissance générale des détenus concernés, ni préalablement annoncée par des voies normales.

The respondent is cross-appealing the decision on two grounds, namely that the declaration is too restricted because the Trial Judge failed to declare unlawful all patrolling of the actual living areas of male prisoners by female guards, and also on the ground that the Trial Judge erred in concluding that routine frisk searches conducted by female guards are lawful, thereby dismissing the respondent's request for a declaration that such activity was unlawful.

An order issued in the Trial Division on September 7, 1986, directed that the action giving rise to this appeal be tried consecutively with *Weatherall v. Attorney General of Canada* and *Spearman v. The Disciplinary Tribunal of Collins Bay Penitentiary, Namely Peter Radley et al.* Mr. Justice Strayer issued one set of reasons which was reported and indexed as *Weatherall v. Canada (Attorney General)*.² The conclusions of the Trial Judge with regard to *Weatherall* were appealed from and were the object of a decision of this Court in *Weatherall v. Canada (Attorney General)*.³ We are here only concerned with that part of the Trial Judge's decision dealing with the respondent Conway.

The appeal and the first ground of the cross-appeal deal with the patrolling of the living quarters of male prisoners by female guards. The second ground of the cross-appeal deals with frisk searches. The order issued was carefully limited by the Trial Judge to Collins Bay and should not be extended to any other federal institution since the complaint and the evidence concerns that institution only.

BACKGROUND

The presence of female guards in federal penitentiary institutions where men are incarcerated is at the source of the issues raised. As a background

² [1988] 1 F.C. 369 (T.D.).

³ [1989] 1 F.C. 18 (C.A.).

L'intimé invoque deux moyens au soutien de l'appel incident qu'il forme contre la décision, à savoir que le jugement déclaratoire est trop restrictif parce que le juge de première instance n'a pas déclaré illégale toute surveillance des unités résidentielles des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin, et que le juge de première instance s'est trompé en concluant que les fouilles par palpation de routine effectuées par des gardiens du sexe féminin sont légales, déboutant de ce fait l'intimé de sa demande de jugement déclarant cette activité illégale.

La Section de première instance a ordonné le 7 septembre 1986 que l'action à l'origine du présent appel soit instruite immédiatement après les affaires *Weatherall c. Procureur général du Canada* et *Spearman c. Tribunal disciplinaire de l'établissement de Collins Bay, c'est-à-dire Peter Radley et autre*. Le juge Strayer a prononcé des motifs qui ont été publiés et répertoriés sous l'intitulé *Weatherall c. Canada (Procureur général)*.² Les conclusions tirées par le juge de première instance dans l'affaire *Weatherall* ont fait l'objet d'un appel et d'une décision de notre Cour dans l'arrêt *Weatherall c. Canada (Procureur général)*.³ En l'espèce, seule la partie de la décision du juge de première instance qui a trait à l'intimé Conway nous intéresse.

L'appel et le premier moyen de l'appel incident portent sur la surveillance des unités résidentielles des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin. Le second moyen de l'appel incident concerne les fouilles par palpation. Le juge de première instance a pris soin de limiter à Collins Bay la portée de son ordonnance, laquelle ne devrait pas être appliquée à d'autres établissements fédéraux puisque la plainte et la preuve ne concernent que cet établissement.

GENÈSE DE L'INSTANCE

La présence de gardiens du sexe féminin dans les établissements pénitentiaires fédéraux dans lesquels des hommes sont incarcérés est à l'origine

² [1988] 1 C.F. 369 (1^{re} inst.).

³ [1989] 1 C.F. 18 (C.A.).

to the case, the Trial Judge indicates⁴ that at one time women were completely excluded from employment as custodians in federal penal institutions for men. In 1977 a Parliamentary Committee recommended that women should have the opportunity for such employment. The Committee's report⁵ said the following on this subject at pages 601-602:

Women Employees

316. Some women are already employed by the Penitentiary Service in institutions for male offenders. Most are in classification, education, psychology, or clerical positions. However, they do not have the career opportunities available to male correctional officers. In the United States, women and men perform the same correctional duties. That includes custody, training, shop instructing, and security complete with the frisk on entry to the prison. (Such frisking is done objectively and without any self-consciousness. Women do not do skin frisks). The administration and most male correctional officers have welcomed the new dimension of women serving inside the institutions. No justification exists for excluding competent, stable and mature women from the full spectrum of the Penitentiary Service. The principal benefits for the service are a pool of new talent and a healthier correctional environment.

Recommendation 17

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

After a pilot project, such policy was introduced in 1980 in respect of minimum-security and medium-security institutions. In 1983, the Government of Canada adopted an affirmative action program which had the effect of setting targets for employment of women in various categories in Correctional Services, and ensuring their admission to such posts by restricting access of male candidates or transferees. With respect to the two categories of employees, the CX-COF (Custodial Officers) and CX-LUF (Living Unit Officers), the target

⁴ At pp. 375-376.

⁵ Report to Parliament of Sub-Committee on the Penitentiary System of Canada, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, 1977.

des questions litigieuses soulevées. Pour situer l'affaire dans son contexte, le juge de première instance a précisé⁴ qu'à une certaine époque, les femmes ne pouvaient d'aucune façon exercer les fonctions de gardiennes dans les établissements pénitentiaires fédéraux pour hommes. En 1977, un comité parlementaire a recommandé que les femmes aient la possibilité d'occuper un tel emploi. À ce sujet, le rapport du comité⁵ précisait, aux pages 601 et 602:

Les employées

316. Quelques femmes travaillent déjà pour le Service canadien des pénitenciers et occupent des postes dans des institutions où se trouvent des délinquants de sexe masculin. La plupart d'entre elles occupent des postes dans les domaines du classement, de l'éducation, de la psychologie ou du travail de bureau. Cependant, aucune d'entre elles n'a accès à la gamme complète des possibilités de carrière offertes à leurs collègues masculins. Aux États-Unis, les hommes et les femmes remplissent les mêmes fonctions correctionnelles, qu'il s'agisse de la détention, de la formation, de l'instruction dans les ateliers ou de la sécurité, y compris les fouilles à l'arrivée dans la prison (ces fouilles sont faites avec objectivité et sans gêne; elles ne font cependant pas les fouilles à «poil»). L'administration et la plupart des agents correctionnels masculins ont bien accepté cette nouvelle dimension qu'offre la présence des femmes travaillant dans les établissements. Rien ne justifie que l'on empêche les femmes faisant preuve de maturité et de stabilité de participer également à tous les aspects du Service des pénitenciers. Les principaux avantages qu'en retirera le Service seront d'avoir de nouveaux talents et un milieu correctionnel plus sain.

Recommandation 17

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

À la suite d'un projet-pilote, une telle politique a été instaurée en 1980 à l'égard des institutions pénitentiaires à sécurité minimale et à sécurité moyenne. En 1983, le gouvernement du Canada a adopté un programme d'action positive qui a eu pour effet d'établir des objectifs concernant l'emploi des femmes dans diverses catégories de services correctionnels, et d'assurer leur admission à ces postes en restreignant l'embauche ou les mutations de candidats de sexe masculin. En ce qui a trait aux deux catégories en cause, les CX-COF (les

⁴ Aux p. 375 et 376.

⁵ Rapport au Parlement du sous-comité sur le régime d'institutions pénitentiaires au Canada, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, 1977.

was set at 19% of all such officers to be women by 1988. As of October 31, 1986, 12.4% of all correctional officers in federal institutions were women. At Collins Bay (Kingston), a medium-security institution, the actual numbers and percentages of females at the end of October 1986 were CX-COF, 21 (14.5%) and CX-LUF, 0 (0%), there being no "Living Units" at Collins Bay.⁶ Since the female officers have been hired fairly recently, not very many have gone beyond the CX1 level which is the lowest classification and where searching is a requirement. A higher proportion of female officers find themselves, therefore, at a level where most of the searching is done.⁷ At Collins Bay, at the time of the trial, 100 of the 147 correctional officer positions were at CX1 level. Female guards held approximately 25 of these CX1 positions. One held a CX3 position. There was none at the CX5 level.⁸ With minor exceptions, female officers are expected to perform the same duties as male officers and are routinely rotated throughout various assignments on successive shifts of officers.

The respondent is serving a sentence at Collins Bay. He complained not of specific incidents but of two general practices involving the performance of certain duties by female guards. These duties, which equally devolve upon female guards because of their regular rotation throughout all custodial posts for which their rank qualifies them, are frisk searching,⁹ and entry within the male inmates' living areas in non-emergency situations.

⁶ A.B., at p. 360.

⁷ Transcript for December 9, 1986, vol. 2, p. 251.

⁸ Transcript for December 10, 1986, vol. 3, pp. 429-430.

⁹ which the Trial Judge describes as searching a fully clothed inmate by the guard running his or her hands over the inmate's clothing looking for any unusual signs that might indicate the

(Continued on next page)

gardiens) et les CX-LUF (les agents d'unités résidentielles), le pourcentage visé de femmes occupant ces fonctions a été fixé à 19 % d'ici 1988. Au 31 octobre 1986, 12,4 % de tous les agents correctionnels des établissements fédéraux étaient des femmes. À Collins Bay (Kingston), un établissement à sécurité moyenne, voici le nombre et le pourcentage de femmes à la fin d'octobre de 1986: CX-COF, 21 (14,5 %) et CX-LUF, 0 (0 %), parce qu'il n'y a pas d'«unités résidentielles» à Collins Bay⁶. Comme les agents du sexe féminin ont été engagés assez récemment, il y en a peu qui ont dépassé le niveau CX1, qui est la catégorie la moins élevée et où les fouilles font partie des caractéristiques du poste. Une proportion supérieure d'agents du sexe féminin se retrouve donc à un niveau où la plus grande partie des fouilles est effectuée⁷. À Collins Bay, au moment du procès, sur 147 postes d'agents correctionnels, 100 étaient du niveau CX1. Les gardiens du sexe féminin occupaient environ 25 de ces postes CX1. Une femme occupait un poste CX3. Il n'y en avait aucune au niveau CX5⁸. À de rares exceptions près, on s'attend à ce que les femmes qui occupent des postes d'agents exercent les mêmes fonctions que les agents du sexe masculin et elles sont affectées de façon systématique aux différents postes d'agents selon un système de rotation d'emplois.

L'intimé purge une peine à Collins Bay. Il ne se plaint d'aucun incident précis mais plutôt de deux usages généralement répandus dans l'établissement, concernant l'exécution de certaines fonctions par des gardiens du sexe féminin. Ces fonctions, qui peuvent être également exercées par des gardiennes, parce que celles-ci doivent occuper par roulement régulier tous les postes pour lesquels elles sont qualifiées, sont la fouille par palpation⁹ et l'entrée à l'intérieur des unités résidentielles des détenus du sexe masculin dans des situations ne présentant pas de caractère d'urgence.

⁶ Dossier d'appel, à la p. 360.

⁷ Transcription de l'audience du 9 décembre 1986, vol. 2, p. 251.

⁸ Transcription de l'audience du 10 décembre 1986, vol. 3, aux p. 429 et 430.

⁹ que le juge de première instance définit comme étant la fouille d'un détenu entièrement vêtu, par le gardien qui palpe ses vêtements à la recherche de signes inhabituels pouvant

(Suite à la page suivante)

Frisk searches are being conducted as a matter of routine at numerous posts throughout the institution. It is common, for example, for a frisk search to be required of every inmate passing certain points in the institution, such as in entering the administrative or hospital areas or in leaving the kitchen area after working there. No complaint was made of the particular way in which such searches were done other than that they are performed by females. The respondent's contention is that frisk searches are carried out in an unreasonable way if they are cross-gender, i.e. if they involve a female guard searching the person.

The purposes of the entries within the inmates' living areas are either for regular counts of prisoners four times a day (at 7:00 a.m., noon, 4:00 p.m. and 11:00 p.m.), for surveillance patrols which are performed about once every hour but at irregular times so as to maintain an element of surprise (they are known as "winds"), and to seek prisoners when their presence is required elsewhere, etc. No specific personal complaints were formulated as to the way the examining of the occupied cell of the respondent or of male inmates had been conducted by female guards. The concern arises from the presence of female guards in the living areas. Conway's main complaint was that female guards frequently would have occasion to look into an inmate's cell without warning and that it sometimes happened that they would see male inmates undressed or performing personal functions such as using the toilet. He said that on average he would be seen on the toilet one to three times a year by a female guard.¹⁰ There was no evidence

(Continued from previous page)

presence of a weapon or contraband (A.B., at p. 520). Section 7 of the Commissioner's Directive 800-2-07.1 defines the word "search" to include a frisk search and describes a frisk search in the following way:

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

¹⁰ A.B., at pp. 519-520.

Les fouilles par palpation sont effectuées systématiquement à de nombreux postes, partout dans l'établissement. Il est courant, par exemple, d'exiger une fouille par palpation de tous les détenus passant à certains endroits de l'établissement, lorsque par exemple ils entrent dans les secteurs administratif ou hospitalier, ou quittent la cuisine après y avoir travaillé. L'intimé se plaint non pas de la façon dont ces fouilles sont effectuées, mais du fait que des femmes soient autorisées à effectuer de telles fouilles. L'intimé soutient que les fouilles par palpation sont abusives lorsqu'elles sont effectuées par une personne du sexe opposé, c'est-à-dire lorsqu'un gardien du sexe féminin fouille un détenu du sexe masculin.

Les gardiens entrent à l'intérieur des unités résidentielles des détenus pour procéder au dénombrement régulier des prisonniers (quatre fois par jour, à 7 h, midi, 16 h, et 23 h), pour effectuer des rondes de surveillance, lesquelles ont lieu à peu près toutes les heures mais à intervalles irréguliers afin de créer un élément de surprise (elles sont connues sous le nom de «rondes éclairs», ou pour aller chercher les prisonniers dont la présence est exigée ailleurs, etc. Aucune plainte personnelle précise n'a été formulée au sujet de la façon dont les gardiens du sexe féminin ont examiné la cellule de l'intimé ou celles des détenus du sexe masculin. Le problème découle de la présence de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles. Conway se plaint surtout du fait que les gardiens du sexe féminin ont souvent l'occasion de regarder dans la cellule des détenus sans avertissement, et qu'il leur arrive parfois de voir des détenus du sexe masculin déshabillés, ou occupés à des activités intimes telles que l'utilisation des toilettes. Il précise qu'un gardien du sexe féminin le voit utiliser les toilettes en moyenne une à trois fois par année¹⁰. Rien ne permet de conclure que d'autres atteintes à la vie

(Suite de la page précédente)

révéler la présence d'une arme ou de contrebande (dossier d'appel, à la p. 520). L'article 7 de la directive du commissaire 800-2-07.1 précise que le mot «fouille» englobe la fouille par palpation, qu'il définit ainsi:

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

¹⁰ Dossier d'appel, aux p. 519 et 520.

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

The respondent sought declarations along the following lines:¹¹

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

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

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

THE DECISION OF THE TRIAL JUDGE

The Trial Judge indicated at the outset that the case involved conflicts, real or apparent, between the rights or aspirations of two categories of persons: a right of privacy for prison inmates to the extent that it was not necessarily incompatible with their situation as prisoners,¹² with those of women to equal opportunities for employment in the federal prison system. The disparity in the number of women inmates by comparison to male inmates in federal prisons, he said, made it such that if women were to have significant opportunities for employment as custodial staff in federal prisons, it was considered necessary, as explained in the excerpt from the Report of the Parliamentary Committee quoted above, that women be able to work the full spectrum of the Penitentiary Service.

He then dealt with sections 7, 8, 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which were invoked by counsel for the respondent.

¹¹ A.B. at pp. 520-521.

¹² He cited the Supreme Court of Canada in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 839;

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

See also *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp*, *Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.), at pp. 378-379.

privée ont eu lieu, telle l'observation de détenus du sexe masculin aux douches par des gardiens du sexe féminin.

^a L'intimé a sollicité le jugement déclaratoire suivant¹¹:

[TRADUCTION] Un jugement déclarant illégaux:

^b I. Les fouilles par palpation effectuées par des gardiens du sexe féminin sur des détenus du sexe masculin et impliquant un contact corporel dans des situations non urgentes;

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

^c III. Sauf dans des situations d'urgence, les rondes effectuées par des gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des prisonniers du sexe masculin; . . .

LA DÉCISION DU JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE

^d Le juge de première instance a précisé, d'entrée de jeu, que l'affaire soulevait des conflits, réels ou apparents, entre les droits ou les aspirations de deux catégories de personnes: le droit que possèdent les prisonniers à la protection de leur vie privée dans la mesure où cela n'est pas nécessairement incompatible avec leur situation de prisonniers¹², et ceux des femmes à l'égalité des chances en matière d'emploi dans le système carcéral fédéral. Le juge a expliqué qu'il résultait de l'écart qui existait entre le nombre de détenus du sexe féminin et celui des détenus du sexe masculin incarcérés dans les prisons fédérales que pour pouvoir bénéficier de possibilités appréciables d'emploi comme gardiennes dans les prisons fédérales pour hommes, les femmes devaient, comme il a été expliqué dans l'extrait du rapport du comité parlementaire précité, avoir la possibilité d'occuper toute la gamme des postes du service pénitencier.

^e Il a ensuite examiné les articles 7, 8, 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que l'avocat de l'intimé invoquait.

¹¹ Dossier d'appel, aux p. 520 et 521.

¹² Il a cité la règle suivante énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839;

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

Voir également *R. v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp*, *Ex p. MacCaud*, [1969] 1 O.R. 373 (C.A.), aux p. 378 et 379.

The Trial Judge rejected the application of section 7 of the Charter, which is a more general section, in view of the specificity of section 8 of the Charter to the case. He was of the view that the activities complained of by the respondent which invoke the mandatory examination by public officers of premises, persons and activities for purposes of law enforcement qualify as a "search". The issue then became whether, under section 8 of the Charter, the search was "unreasonable". Since a legal regime elaborated by the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.*¹³ was established for testing that particular kind of intrusion, by implication, other tests under the Charter were precluded. Thus, section 7 of the Charter could receive no application in the circumstances.

With regard to section 8 of the Charter, the Trial Judge took as definitive a statement of the Supreme Court of Canada in *R. v. Collins*:¹⁴

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

Reasonableness included that a search be carried out in a reasonable manner. Reasonability in execution included, in his view, respect for normal standards of public decency to the extent that the constraints implicit in the situation reasonably permit.¹⁵

He noted that the *Penitentiary Service Regulations* [C.R.C., c. 1251] were silent on the way frisk searches are to be conducted. Although the Commissioner's Directive 800-2-07.1 does not expressly preclude a search of the genital area, evidence before him indicated that the genital area was avoided. He felt there was no necessity however to make a finding on that matter since the respondent was attacking the conduct of any search by a female officer on a male inmate. He concluded that the routine frisk searches were the source of only trivial and unsubstantial intrusions of privacy. And if considered more than trivial, the limited

Le juge de première instance a écarté l'application de l'article 7 de la Charte, qui est un article plus général, étant donné que les dispositions de l'article 8 de la Charte s'appliquaient plus particulièrement à l'affaire. Il s'est dit d'avis que les activités dont l'intimé se plaignait et qui comportaient l'examen obligatoire, par des fonctionnaires, de locaux, de personnes et d'activités dans le but de faire respecter la loi répondaient à la définition du mot «fouille». Il fallait donc ensuite se demander si la fouille était «abusive» au sens de l'article 8 de la Charte. Étant donné que la Cour suprême du Canada a posé, dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*¹³, les critères juridiques permettant de vérifier cette forme particulière d'intrusion, le juge en a déduit qu'il fallait rejeter les autres critères fondés sur la Charte. Dans ces conditions, l'article 7 de la Charte ne s'appliquait donc pas.

En ce qui concerne l'article 8 de la Charte, le juge de première instance a déclaré que l'énoncé suivant fait par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Collins*¹⁴ faisait autorité en la matière:

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

Le juge de première instance s'est dit d'avis que pour qu'une fouille soit «raisonnable», il fallait aussi qu'elle soit effectuée d'une manière raisonnable. Le caractère raisonnable de l'exécution comprenait, à son avis, le respect des règles normales de la décence dans la mesure où cela est normalement permis par les restrictions découlant implicitement de la situation¹⁵.

Il a fait remarquer que le *Règlement sur le service des pénitenciers* [C.R.C., chap. 1251] était muet sur la façon dont devaient être effectuées les fouilles par palpation. Bien que la directive du commissaire 800-2-07.1 n'interdise pas formellement la fouille des organes génitaux, la preuve qui lui avait été soumise indiquait que l'on évitait de toucher aux organes génitaux. Il n'a toutefois pas jugé nécessaire de se prononcer sur cette question, car l'intimé contestait toute fouille par palpation des détenus du sexe masculin par des agents du sexe féminin. Il a conclu que les fouilles par palpation de routine ne donnaient lieu qu'à une intru-

¹³ [1984] 2 S.C.R. 145.

¹⁴ [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278.

¹⁵ A.B., at pp. 397-398.

¹³ [1984] 2 R.C.S. 145.

¹⁴ [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278.

¹⁵ Dossier d'appel, aux p. 397 et 398.

nature of the intrusion was more than offset by the public interest.

This is what he said [at pages 402-403]:

I have concluded that the routine frisk searches which are in question in these proceedings do not infringe rights protected by section 8 of the Charter. In the first place, such an invasion of privacy is by any standard of measurement trivial and "trivial or insubstantial" burdens do not give rise to Charter violations. Even if it is seen as something more than trivial, the very limited intrusion on privacy involved is more than offset by the public interest. First and foremost is a need for adequate security in these institutions and the evidence satisfies me that both routine and special frisk searches, conducted by someone, are an important element in maintaining that security. Secondly, I am satisfied that there is an important public interest to be served in the employment of women in federal penal institutions. This is a matter of fundamental fairness in allowing women equal access to employment in a sizeable sector of the federal Public Service. At Collins Bay, where the issue is relevant in the present cases, it appears to me that to deny female guards the ability to frisk search would preclude their employment. Of some 20 security posts there, all but 3 or 4 involve routine or occasional searching. And, according to the evidence, any officer working in contact with inmates must be able to perform such searches on an *ad hoc* basis. If female guards were unable to perform such duties their usefulness would be drastically limited with a very negative effect on their careers. Further, the evidence satisfies me that the presence of women officers in such an institution has an important beneficial effect on the attitude and conduct of most inmates and can contribute in an important way to assisting in their ultimate readjustment to society after release. I cannot of course, nor need I, express an opinion as to frisk searching in other institutions with respect to which I have neither complaints nor evidence before me.

With regard to the presence of female guards in the living areas of male inmates, he stated that for purposes of counts, of "winds", or even when visiting prisoners for special reasons, although most of the cells in Collins Bay had solid doors with a small window and the remainder had screens over three-quarters of the door opening, it was nevertheless possible for female guards to look into the cells and indeed it was their duty to do so when conducting a count or a "wind".

sion négligeable ou insignifiante dans la vie privée. Et même si l'intrusion n'était pas considérée comme négligeable, son caractère très limité était largement contrebalancé par l'intérêt public.

Voici ce qu'il a déclaré [aux pages 402 et 403]:

J'ai conclu que les fouilles par palpation de routine dont il est question en l'espèce ne portent pas atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la Charte. En premier lieu, une telle intrusion dans la vie privée est négligeable, quel que soit le critère d'évaluation sur lequel on se fonde, et un fardeau «négligeable ou insignifiant» ne constitue pas une violation de la Charte. Même si elle n'est pas considérée comme négligeable, l'intrusion très limitée dans la vie privée d'un détenu est largement contrebalancée par l'intérêt public. Il faut d'abord et avant tout assurer une sécurité adéquate dans ces établissements et la preuve me convainc que les fouilles par palpation, courantes et spéciales, effectuées par quelqu'un, sont un élément important du maintien de cette sécurité. En deuxième lieu, je suis convaincu qu'on sert l'intérêt public de façon importante en embauchant des femmes dans les établissements pénitentiaires fédéraux. C'est une question de justice fondamentale que de permettre aux femmes un accès égal aux emplois dans un secteur important de la fonction publique fédérale. À Collins Bay, où la question s'applique aux cas à l'étude, il me semble que les gardiennes ne pourraient être embauchées si on leur interdisait de procéder à des fouilles par palpation. Sur les vingt postes de sécurité, tous sauf trois ou quatre comportent une fouille courante ou occasionnelle. Et, d'après les témoignages, tout agent qui travaille auprès des détenus doit être capable de faire ces fouilles sur une base ponctuelle. Si les gardiennes ne pouvaient remplir ces fonctions, leur utilité se trouverait grandement réduite et cela aurait un effet très négatif sur leur carrière. De plus, la preuve me convainc que la présence d'agents féminins dans un tel établissement exerce un effet bénéfique important sur la conduite de la plupart des détenus et peut contribuer de façon importante à leur réadaptation à la société, une fois remis en liberté. Bien sûr, je ne peux ni ne dois me prononcer sur les fouilles par palpation dans d'autres établissements au sujet desquels ni plainte ni preuve ne m'ont été soumises.

En ce qui concerne la présence de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus du sexe masculin, il a déclaré que lorsqu'elles s'y trouvaient pour y faire le dénombrement des prisonniers, pour effectuer des «rondes éclairs» ou même pour y visiter des prisonniers pour des raisons particulières, même si la plupart des cellules de Collins Bay ont des portes pleines munies d'un petit guichet et si les autres cellules ont des écrans qui couvrent les trois quarts de l'ouverture de la porte, il était quand même possible pour les gardiennes de regarder dans les cellules, et que c'était même leur devoir lorsqu'elles effectuaient un dénombrement ou une «ronde éclair».

He was not concerned with the regular and known counts, since prisoners could prepare themselves knowing female guards might be present, neither was he concerned with the individual visits since female guards would indicate their presence on approaching. He was concerned with the unscheduled "winds", particularly during the day since at night the male prisoners could take measures to cover themselves properly. He was of the view that as far as the unscheduled or unannounced viewing was concerned, reasonable alternatives could be developed by the administrative authorities so as to balance the interests in conflict. One possible alternative was that a female officer conducting the "wind" could announce her presence as the "wind" begins. This happened anyway, according to the evidence, since the first inmate to see the arrival of an officer usually shouted to the others. Or, as another possible alternative, he said, a male officer could do the walking while the female officer would remain as a watch at the entrance of the vestibule. These alternatives, in his view and according to the evidence, would not cause serious administrative problems or undue impairment to the career opportunities of the female guards. He concluded that, except in periods of emergencies, the day "winds" caused an unnecessary invasion to the privacy of male inmates.

This is what he said [at pages 404-405]:

As indicated above, section 8 cannot be invoked to remedy trivial detractions from privacy. Further, inmates cannot reasonably expect to be free from surveillance. If they have concerns about being seen in a state of partial or complete nudity or performing some bodily function, they must be expected to take certain steps within their means to minimize such possibilities. At the same time I believe it is an unnecessary intrusion on human dignity, in the absence of an emergency, for female officers at Collins Bay to view inmates in their cells in such circumstances. This means in effect that, other than in emergencies, female officers should not be in a position to make unannounced or unscheduled visual examinations of occupied cells of male inmates. On the basis of the evidence I do not believe this should create any very serious administrative problems nor impair the career opportunities of female guards. According to the evidence of Warden Payne of Collins Bay there are four counts a day, at 7:00 a.m., noon, 4:00 p.m., and 11:00 p.m. These times are well known to the inmates, no doubt, and they can avoid being in embarrassing positions at those times when they know female officers may participate in the count. With respect to individual visits to the cell of a

Il ne s'est pas occupé des dénombrements habituels et connus, car les détenus peuvent s'y préparer en conséquence en sachant qu'il est possible que des gardiennes y participent; il ne s'est pas intéressé non plus aux visites individuelles, étant donné que les gardiens du sexe féminin s'annoncent avant d'entrer. Il s'est penché sur les «rondes éclairs» faites à l'improviste, particulièrement sur celles qui ont lieu durant la journée, car la nuit les prisonniers du sexe masculin peuvent prendre des précautions pour se couvrir adéquatement. Il s'est dit d'avis qu'en ce qui a trait aux visites non prévues ou non annoncées, les autorités administratives peuvent adopter des solutions de rechange acceptables pour pondérer les intérêts opposés. Une solution de rechange possible consisterait pour l'agent du sexe féminin qui effectue une «ronde éclair» à annoncer sa présence avant de commencer sa ronde. C'est ce qui se produit de toute façon car, suivant la preuve, le premier détenu qui voit l'agent arriver avertit habituellement les autres détenus par un cri. Une autre solution de rechange consisterait, a-t-il dit, pour un agent du sexe masculin à effectuer la ronde alors qu'un agent du sexe féminin monterait la garde à l'entrée du pavillon. Suivant la preuve et à son avis, ces solutions de rechange ne devraient pas poser de graves problèmes administratifs, ni nuire considérablement à la carrière des agents du sexe féminin. Il a conclu que, sauf en cas d'urgence, les «rondes éclairs» de jour constituaient une intrusion inutile dans la vie privée des détenus du sexe masculin.

Voici ce qu'il a déclaré [aux pages 404 et 405]:

Comme je l'ai déjà dit, on ne peut invoquer l'article 8 pour empêcher des intrusions négligeables dans la vie privée. De plus, les détenus ne peuvent pas raisonnablement s'attendre à n'être soumis à aucune surveillance. S'ils redoutent d'être vus dans un état de nudité partielle ou totale, ou accomplissant certaines fonctions vitales, il leur appartient de prendre certaines précautions qui sont à leur portée pour minimiser de telles possibilités. Par ailleurs, j'estime que c'est une atteinte inutile à la dignité humaine lorsque, en l'absence de toute urgence, des gardiennes de Collins Bay observent ainsi des détenus dans leurs cellules. Cela veut dire en fait que, sauf en cas d'urgence, les gardiennes ne devraient pas pouvoir observer à l'improviste les cellules occupées par des détenus de sexe masculin. Compte tenu de la preuve, je ne pense pas que cela crée de graves problèmes administratifs ou nuise à la carrière des gardiennes. D'après le témoignage de M. Payne, directeur de Collins Bay, il y a quatre comptages par jour: à 7 h, à midi, à 16 h, et à 23 h. Les détenus connaissent sans doute bien ces heures et ils peuvent alors éviter de se trouver dans des situations embarrassantes quand ils savent que des agents de sexe féminin peuvent participer aux comptages. Pour ce qui est des inspections

particular inmate, the evidence indicated that a female officer approaching such a cell would normally announce her presence before looking in and again this is properly respectful of the privacy rights of the inmate without detracting from prison management. It appears to me that the only problem may arise with respect to the "winds" which are conducted on the average every hour, but at random times in order to preserve an element of surprise. From what I can understand of the staffing arrangements, and the fact that only 14.5% of the officers at Collins Bay are females, I do not believe that such a prohibition on unscheduled or unannounced viewing by female guards on a "wind" should cause serious problems in administration or be significantly harmful to the career opportunities of female officers. It appears to me that there are at least two reasonable alternatives: if a female officer is conducting the "wind", her presence can be announced just as the "wind" begins (which according to the evidence happens any way through a warning shout from the first inmate who sights the arrival of the officer conducting the "wind"); or, male officers can do the actual walking through the cell blocks, perhaps using female officers to "vestibule" them (that is, to be the guard to watch from the vestibule the other officer who is actually in the cell block, a practice employed for reasons of security). Further, I would only consider such steps to be necessary during the normal waking hours of the inmates: if an inmate chooses to leave himself exposed during the normal hours of sleep he can be taken to run the risk of cross-gender viewing. The appropriate administrative arrangements are of course a matter for the authorities of the institution and I make these suggestions only to indicate that the evidence satisfies me that there are reasonable alternatives to the kind of intrusion of privacy which the present system permits.

With regard to the section 15 challenge, the Trial Judge was of the view that frisk searches caused a trivial interference on the privacy of male inmates. The complaint therefore could not be sustained. With respect to the examination of cells, since the intervention was not trivial, such activity would be impermissible were it not for subsection 15(2) of the Charter. The affirmative action program, having as its object the employment of women in male prisons, incidentally carried with it the possibility that women perform certain surveillance of male inmates' cells. Because there was no comparable affirmative action programs for males in federal women's prison in Kingston, he felt there was a certain inequality flowing from an administrative fact.¹⁶ He considered however that this inequality protected by subsection 15(2) of the Charter precluded a complaint under subsection

¹⁶ As noted by the Trial Judge, at p. 380, paragraph 13 of the Commissioner's Directive 800-2-07.1 says:

(Continued on next page)

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

En ce qui concerne le moyen tiré de l'article 15, le juge de première instance s'est dit d'avis que les fouilles par palpation ne donnaient lieu qu'à une intrusion négligeable dans la vie privée des détenus du sexe masculin. La plainte était donc irrecevable. Pour ce qui est de l'inspection des cellules, comme ce genre d'intrusion n'était pas négligeable, cette activité serait intolérable si ce n'était du paragraphe 15(2) de la Charte. Le programme d'action positive, dont l'objectif était l'embauche des femmes dans des prisons pour hommes, pouvait incidemment faire en sorte que des femmes surveillent les cellules de détenus du sexe masculin. Comme il n'existe pas de programme d'action positive comparable permettant aux hommes de travailler dans les prisons fédérales pour femmes à Kingston, le juge a estimé que cette procédure administrative entraînait une certaine inégalité¹⁶.

¹⁶ Comme le juge de première instance l'a fait remarquer, à la p. 380, l'article 13 de la directive du commissaire 800-2-07.1 dispose:

(Suite à la page suivante)

15(1) to the extent that the inequality was reasonably necessary to the operation of the affirmative action program. He recalled however his earlier conclusion that the use of female guards in non-emergency unscheduled, unannounced surveillance of cells was not necessary to the employment of female guards in male prisons.

In view of what he said about sections 8 and 15 of the Charter, the Trial Judge concluded that section 28 had no significant effect in the case.

He rejected any application of section 1 of the Charter.

He issued the following declaration:¹⁷

It is hereby ordered and adjudged that

- (1) it be declared that at Collins Bay Penitentiary it is unlawful, except in emergency situations, for female guards to view male inmates in their cells without their express or implied consent where such viewing is neither previously scheduled to the general knowledge of inmates affected nor previously announced to them by reasonable means; and
- (2) there be no costs awarded.

THE APPEAL AND THE FIRST GROUND OF THE CROSS-APPEAL

Since the appeal and the first ground of the cross-appeal deal with the same issue, i.e. the presence of female guards in the living areas of the male inmates, both will be dealt with together.

The Trial Judge, says the appellant, erred in law in concluding that the performance by female guards of their duty to conduct surveillance patrols of the male inmates' cells at Collins Bay during

(Continued from previous page)

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

This is in contrast to paragraphs 11 and 14 which in effect allow male inmates to be frisk searched and, in an emergency, strip searched by a female officer. It was alleged by the respondent that in federal institutions for women inmates, male guards "occupy perimeter security positions only".

¹⁷ A.B., at p. 513.

Il a toutefois estimé que cette inégalité, qui est protégée par le paragraphe 15(2) de la Charte, rendait irrecevable toute plainte fondée sur le paragraphe 15(1), dans la mesure où cette inégalité était raisonnablement nécessaire à la mise en œuvre du programme d'action positive. Il a cependant rappelé sa conclusion que le recours à des gardiens du sexe féminin dans des situations ne présentant aucun caractère d'urgence pour surveiller les cellules à l'improviste et sans s'annoncer n'était pas essentiel à l'emploi des gardiens du sexe féminin dans les prisons pour hommes.

Compte tenu de ce qu'il a dit au sujet des articles 8 et 15 de la Charte, le juge de première instance a conclu que l'article 29 de la Charte n'avait pas d'effet important en l'espèce.

Il a écarté toute application de l'article premier de la Charte.

Il a prononcé le jugement déclaratoire suivant¹⁷:

La Cour statue que:

- 1) au pénitencier de Collins Bay, les gardiennes ne peuvent pas légalement, sauf en cas d'urgence, observer des détenus de sexe masculin dans leur cellule, sans leur consentement formel ou implicite, lorsqu'une telle observation n'a été ni portée à la connaissance générale des détenus concernés, ni préalablement annoncée par des voies normales;
- 2) aucuns dépens ne sont adjugés.

L'APPEL ET LE PREMIER MOYEN DE L'APPEL INCIDENT

Comme l'appel et le premier moyen de l'appel incident portent sur la même question, c'est-à-dire la présence de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus du sexe masculin, ils seront examinés ensemble.

Le juge de première instance, prétend l'appellante, a commis une erreur de droit en concluant que l'exécution par les gardiens du sexe féminin de leur devoir d'effectuer des rondes de surveillance

(Suite de la page précédente)

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

En revanche, les articles 11 et 14 permettent effectivement que des détenus de sexe masculin soient fouillés par palpation et, en cas d'urgence, qu'ils soient fouillés à nu par un agent du sexe féminin. L'intimé a soutenu que dans les établissements fédéraux pour détenus du sexe féminin, les gardiens [TRADUCTION] «n'occupent que des postes reliés à la sécurité périmétrique».

¹⁷ Dossier d'appel, à la p. 513.

the "winds" violates the inmates' rights under section 8 of the Charter. It is well settled that a person confined in a prison retains all of his civil rights other than those expressly or impliedly taken from him by law. Against the inmates' reasonable expectation of privacy must be balanced the public interest which encompasses three objectives: 1) the need for adequate security in prisons; 2) the goal of allowing women equal access to employment in federal prisons; 3) the goal of rehabilitating inmates. The evidence before the Trial Judge clearly established that the unannounced or unscheduled surveillance of male inmates' cells by female guards was not so intrusive as to require the Court's intervention and that the respondent's and other inmates' limited rights to privacy in the prison context were being adequately protected by measures that avoid the denial of the female guards' rights to be fully employed in their positions.

In oral argument, the appellant stated that she was challenging the inference the Trial Judge drew from the findings he made, particularly with regard to the balancing of public interest and the limited right of privacy of the respondent. This, she said, constitutes an error of law. *R. v. John*¹⁸ and *R. v. Anderson*¹⁹ were cited in support.

The respondent's position on the appeal is that the Trial Judge made no error in holding that female guards ought not to view male prisoners in their cells in non-emergency situations without notice. On the first ground of the cross-appeal, which is the one we are concerned with at present,

¹⁸ (1986), 28 C.C.C. (3d) 200, at p. 208. Craig J.A. for the British Columbia Court of Appeal said:

Whether the taking of blood in these circumstances is an unreasonable search or seizure requires a careful weighing of the rights of the individual to privacy and the right of the State to obtain evidence for the purposes of law enforcement. This surely is a question of law alone.

¹⁹ (1984), 45 O.R. (2d) 225 (C.A.), at p. 229.

des cellules des détenus du sexe masculin à Collins Bay au cours des « rondes éclairs » viole les droits que l'article 8 de la Charte reconnaît aux détenus. Il est bien établi qu'une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi. Il faut mettre en balance les attentes raisonnables qu'ont les détenus en ce qui concerne la protection de leur vie privée et l'intérêt public, lequel englobe trois objectifs: 1) les conditions de sécurité adéquate exigée en milieu carcéral; 2) l'objectif visant à garantir aux femmes l'égalité d'accès à l'emploi dans les prisons fédérales; 3) l'objectif de la réadaptation des détenus. La preuve soumise au juge de première instance démontrait à l'évidence que la surveillance à l'improviste des cellules des détenus du sexe masculin par des gardiens du sexe féminin ne constituait pas une atteinte suffisamment grave pour exiger l'intervention du tribunal et que le droit limité à la protection de la vie privée que possédaient l'intimé et les autres détenus dans le contexte carcéral était adéquatement protégé par des mesures qui permettaient d'éviter que les gardiennes se voient frustrées de leur droit d'exécuter toutes les fonctions de leur emploi.

Dans sa plaidoirie, l'appelante a déclaré qu'elle contestait l'inférence que le juge de première instance tirait des conclusions auxquelles il en était venu, particulièrement en ce qui concerne l'appréciation de l'importance relative de l'intérêt public et du droit limité à la vie privée de l'intimé. Cela constituait, selon elle, une erreur de droit. Elle a cité à l'appui de sa prétention les décisions *R. v. John*¹⁸ et *R. v. Anderson*¹⁹.

La thèse que défend l'intimé en appel est que le juge de première instance ne s'est pas trompé en statuant que les gardiens du sexe féminin ne devaient pas observer sans préavis les détenus du sexe masculin dans leurs cellules dans des situations ne présentant aucun caractère d'urgence. Sur

¹⁸ (1986), 28 C.C.C. (3d) 200, à la p. 208. Le juge Craig, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a dit:

[TRADUCTION] Pour répondre à la question de savoir si le prélèvement de sang constituait dans ces circonstances une fouille ou une saisie abusive, il nous faut soupeser attentivement l'importance relative du droit de la personne à la protection de sa vie privée et du droit de l'État d'obtenir des éléments de preuve dans le but de faire respecter la loi. Il s'agit certes uniquement d'une question de droit.

¹⁹ (1984), 45 O.R. (2d) 225 (C.A.), à la p. 229.

the respondent challenges the failing of the Trial Judge to hold that the viewing of male inmates in their cells by female guards, in non-emergency situations, violates section 7, or section 8 or section 15 of the Charter.

I agree with the appellant's position.

I make clear at the outset that I have no difficulty with the reasoning followed by the Trial Judge in not applying section 7 of the Charter on account of the specificity of section 8 of the Charter to the case at bar.

With regard to the "winds" and the conclusions the Trial Judge arrived at in view of section 8 of the Charter, my appreciation of the law as applied to the facts is different from that of the Trial Judge.

*Hunter et al. v. Southam Inc.*²⁰ was concerned with the reasonableness of a statute authorizing a search and seizure and not with the manner in which the authorities were carrying out their statutory functions. The case at bar is concerned with the reasonableness of the manner in which the search is conducted. The same test applies whether the concern relates to the validity of the statute or the conduct of the authority acting under the authority of a statutory requirement. Dickson C.J. stated in the *Hunter* case that the guarantee of security from unreasonable search and seizure under section 8 of the Charter only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by section 8 indicates that an assessment has to be made as to whether, in a particular situation, the public's interest in being left alone by government has to 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.²¹ The Trial Judge was well aware of the assessment he was called upon to make.

²⁰ *Supra*, at p. 154

²¹ *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, at pp. 159-160.

le premier moyen de l'appel incident, qui est celui qui nous occupe pour l'instant, l'intimé reproche au juge de première instance de ne pas avoir statué que l'observation par les gardiens du sexe féminin des détenus du sexe masculin dans leurs cellules dans des situations ne présentant aucun caractère d'urgence viole l'article 7, ou l'article 8, ou l'article 15 de la Charte.

b Je souscris à la thèse de l'appelante.

D'entrée de jeu, je tiens à préciser que je souscris sans hésiter au raisonnement qu'a suivi le juge de première instance pour ne pas appliquer l'article 7 de la Charte en raison de l'application particulière de l'article 8 de la Charte au cas qui nous occupe.

Pour ce qui est des «rondes éclairs» et des conclusions auxquelles le juge de première instance en est arrivé compte tenu de l'article 8 de la Charte, l'interprétation que je fais de la loi appliquée aux faits est différente de celle du juge de première instance.

L'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*²⁰ avait trait au caractère raisonnable d'une loi autorisant une fouille et une saisie et non à la manière dont les autorités s'acquittaient des fonctions que la loi leur conférait. L'affaire qui nous occupe porte sur le caractère raisonnable de la manière dont la fouille est effectuée. Le même critère s'applique, que le problème se rapporte à la validité de la loi ou à la conduite de l'autorité qui agit en vertu d'une exigence législative. Dans l'arrêt *Hunter*, le juge en chef Dickson a déclaré que la garantie de protection prévue par l'article 8 contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation au droit garanti par l'article 8 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 loi²¹. Le juge de première instance était bien conscient de l'appréciation qu'il était appelé à faire.

²⁰ Précité, à la p. 154.

²¹ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, aux p. 159 et 160.

I accept the assertion the Trial Judge made that, "Reasonability in execution includes . . . respect for normal standards of public decency to the extent that the constraints implicit in the situation reasonably permit".²²

The assessment he was called upon to make was to determine what a reasonable person would consider reasonable in the circumstances. The balance that has to be made is akin to what was described by Lamer J. in *R. v. Collins*²³ with regard to the term "bring the administration of justice into disrepute" as those words are found in subsection 24(2) of the Charter:

The approach I adopt may be put figuratively in terms of the reasonable person test proposed by Professor Yves-Marie Morissette in his article "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521, at p. 538. In applying s. 24(2), he suggested that the relevant question is: "Would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case?" The reasonable person is usually the average person in the community, but only when that community's current mood is reasonable.

The decision is thus not left to the untrammelled discretion of the judge. In practice, as Professor Morissette wrote, the reasonable person test is there to require of judges that they "concentrate on what they do best: finding within themselves, with cautiousness and impartiality, a basis for their own decisions, articulating their reasons carefully and accepting review by a higher court where it occurs." It serves as a reminder to each individual judge that his discretion is grounded in community values, and, in particular, long term community values. He should not render a decision that would be unacceptable to the community when that community is not being wrought with passion or otherwise under passing stress due to current events. In effect, the judge will have met this test if the judges of the Court of Appeal will decline to interfere with his decision, even though they might have decided the matter differently, using the well-known statement that they are of the view that the decision was not unreasonable. [Emphasis added.]

The nature of the complaint of the respondent was not that unannounced and unscheduled surveillance of his cell constituted a breach of his privacy right guaranteed by section 8 of the Charter or that surveillance had been done out of curiosity or by staring or that it was carried on in an improper or unprofessional way. The complaint

²² At pp. 397-398.

²³ [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 282-283.

J'accepte l'affirmation du juge de première instance suivant laquelle «Le caractère raisonnable de l'exécution comprend . . . le respect des règles normales de la décence dans la mesure où cela est normalement permis par les restrictions qui découlent implicitement de la situation»²².

L'appréciation qu'il était appelé à faire consistait à déterminer ce qu'une personne raisonnable considérerait raisonnable dans les circonstances. L'examen qu'il faut atteindre s'apparente à ce que le juge Lamer a expliqué, dans l'arrêt *R. c. Collins*²³ au sujet de l'expression «déconsidérer l'administration de la justice» que l'on trouve au paragraphe 24(2) de la Charte:

La démarche que j'adopte peut s'exprimer de façon figurative par le critère de la personne raisonnable proposé par le professeur Yves-Marie Morissette dans son article «The Exclusion of Evidence, under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do» (1984), 29 *R. de McGill* 521, à la p. 538. En appliquant le par. 24(2), il propose que la question à se poser soit la suivante: [TRADUCTION] «L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire?» La personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable.

La décision n'est donc pas laissée à la discrétion illimitée du juge. En pratique, comme le professeur Morissette l'a écrit, le critère de la personne raisonnable est là pour obliger les juges à [TRADUCTION] «se concentrer sur ce qu'ils font le mieux: trouver au fond d'eux-mêmes, avec prudence et impartialité, un fondement pour leurs propres décisions, en formulant leurs motifs avec soin et en acceptant le contrôle d'un tribunal d'instance supérieure le cas échéant.» Cela sert à rappeler à chaque juge que son pouvoir discrétionnaire est enraciné dans les valeurs de la société et, en particulier, ses valeurs à long terme. Il ne doit pas rendre une décision que la société considérerait inacceptable lorsque celle-ci n'est pas déchirée par la passion ou autrement tiraillée par des événements présents. En effet, le juge aura satisfait à ce critère si les juges d'appel refusent de s'ingérer dans sa décision en utilisant la déclaration bien connue qu'ils sont d'avis que cette décision n'est pas déraisonnable, même s'il se peut qu'ils aient tranché la question différemment. [C'est moi qui souligne.]

L'intimé ne prétend pas que la surveillance non prévue et non annoncée de sa cellule constituait une violation de son droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la Charte ou que cette surveillance a été faite par curiosité ou avec une insistance déplacée ou qu'elle a été effectuée de façon inadéquate ou contraire au code professionnel. Ce

²² Aux p. 397 et 398.

²³ [1987] 1 R.C.S. 265, aux p. 282 et 283.

was that unannounced surveillance carried out by a female guard constitutes an unreasonable search by the mere fact that it is being carried on by a female.²⁴

The respondent Conway elected to live in One Block²⁵ where the cells are open-faced i.e. barred cells instead of solid door cells.²⁶ He chose not to be employed which meant he was in his cell and in the joint outside his cell for longer periods of time than those who were employed.²⁷ In One Block, the toilet is in the middle of the cell wall and faces the door directly.²⁸ Modesty barriers have been installed.²⁹

A general description of the ways in which counts are conducted and the responsibility of the officer carrying such counts was given at trial by one woman guard as follows:

Q. ... what is your responsibility when you are doing a count, how frequent is that, what is your response, if that is the situation when doing a count?

A. My response, well, in One and Two Blocks, the inmates have sort of set up a bit of a curtain in front of the toilet, which just allows us to see from the waist up. My response, if an inmate is in the washroom, I am consciously aware of where he is because that is part of my job, but my main concern is, is he alive?

Q. Is he alive.

A. Is he alive.

Q. I take it you don't stand.

A. I am just checking to make sure I have a body.

Q. So, how long would it take you to observe an inmate in a cell when doing a count?

A. Two or three seconds.

Q. Is it very often during counts that you have that experience?

A. Inmates in the washroom?

Q. Yes.

A. I wouldn't say a great deal but it may seem like a lot because now you have the total block back. You have 100 to 150 inmates, so it might seem like a lot, but I don't really think it is.

que l'intimé prétend, c'est que les rondes de surveillance effectuées à l'improviste par des gardiennes constituent une fouille abusive du simple fait qu'elles sont effectuées par des femmes²⁴.

^a L'intimé Conway a choisi de vivre dans le pavillon un²⁵ où les cellules sont ouvertes, c'est-à-dire à barreaux et non à portes pleines²⁶. Il a choisi de ne pas travailler, ce qui signifie qu'il passe plus de temps dans sa cellule et dans la pièce attenante à sa cellule que les détenus qui occupent un emploi²⁷. Dans le pavillon un, la toilette se trouve au milieu du mur de la cellule, directement en face de la porte²⁸. Des paravents ont été installés²⁹.

^c Au procès, une des gardiennes a expliqué de façon générale comment se déroulent les dénombrements, et a parlé de la responsabilité de l'agent chargé d'effectuer ce dénombrement:

[TRADUCTION]

^d Q. ... quelle est votre responsabilité lorsque vous effectuez un dénombrement, à quelle fréquence ont-ils lieu, quelle est votre réaction, si c'est ce qui se passe lorsque vous procédez à un dénombrement?

R. Ma réaction ... Eh bien, dans les pavillons un et deux, les détenus ont installé une sorte de rideau devant la toilette, de sorte qu'on ne peut voir le corps qu'à partir de la ceinture. Ma réaction, si un détenu est aux toilettes, je suis consciente de l'endroit où il se trouve parce que cela fait partie de mon travail, mais ma principale préoccupation est de savoir s'il est vivant.

^f Q. S'il est vivant?

R. S'il est vivant.

Q. Si j'ai bien compris, vous ne restez pas là.

R. Je m'assure seulement qu'il y a quelqu'un.

Q. Donc, combien de temps vous faut-il pour observer un détenu dans une cellule lorsque vous effectuez un dénombrement?

R. Deux ou trois secondes.

Q. Est-ce que cela arrive souvent pendant les dénombrements?

R. Que des détenus se trouvent aux toilettes?

^h Q. Oui.

R. Je ne dirais pas très souvent, mais ça peut sembler fréquent parce qu'on m'a confié à nouveau tout le pavillon. Il y a entre 100 et 150 détenus, cela peut donc sembler fréquent, mais je ne pense vraiment pas que ce soit le cas.

²⁴ The evidence at trial indicates that prisoners appear not to be concerned with women in their role as nurses. Transcript, vol. 1, at p. 78.

²⁵ Transcript, vol. 3, at p. 428.

²⁶ Transcript, vol. 3, at p. 419.

²⁷ Transcript, vol. 1, at p. 40.

²⁸ Transcript, vol. 3, at p. 424.

²⁹ Transcript, vol. 3, at pp. 444-451.

²⁴ Les témoignages entendus au procès indiquent que les prisonniers ne semblent pas être perturbés par le rôle d'infirmières que jouent les femmes. Transcription, vol. 1, à la p. 78.

²⁵ Transcription, vol 3, à la p. 428.

²⁶ Transcription, vol 3, à la p. 419.

²⁷ Transcription, vol 1, à la p. 40.

²⁸ Transcription, vol 3, à la p. 424.

²⁹ Transcription, vol 3, aux p. 444 à 451.

Q. They know you are coming?

A. Yes. They yell "count-up" at the top of the range.

(Transcript, vol. 4, at pp. 589-590—Emphasis added)

"Winds" (by opposition to counts) are usually done every hour but at irregular times so as to keep the element of surprise. One purpose is to make sure that the inmates are not engaged in any activities which might be detrimental to the good order and security of the institution. It is normal practice however for the first inmate on the range who sees the guard to yell or make some comment to alert other inmates that the guard is coming.

There is no doubt that being viewed "from the waist up", at the time ablution facilities are used, even for as little as two or three seconds, offends to a certain extent public decency and the privacy of the inmates, whether the guards are male or female. Surveillance patrolling by means of counts or "winds" are however a necessity in order to maintain order in the carceral institutions and verify that the prisoner is alive. Since, according to the facts of this case, both male and female guards act responsibly, is it reasonable to conclude that this type of intrusion becomes unreasonable when conducted by a female guard by the mere fact that she is a woman?

My difficulty with the assessment made by the Trial Judge is the following. He found acceptable that cross-gender "winds" could be done at night. Yet, the use of the ablution facilities is also a possibility at night. One remains puzzled as to why "winds" are unacceptable during the daytime and not at night. The evidence shows that the using of the ablution facilities by inmates has occurred during the counts. The inmates may not always be in a position to take measures so as to prevent these situations during the counts as the Trial Judge expects they can. Is the line of demarcation between day "winds" and counts so great as to justify excluding female guards from the day "winds"? The reasonable alternatives suggested by the Trial Judge carry their difficulties since "winds" announced by the administration lose their element of surprise. The practice which has

Q. Est-ce qu'ils savent que vous arrivez?

R. Oui. Le premier détenu crie «comptage» aux autres.

(Transcription, vol. 4, aux p. 589 et 590—C'est moi qui souligne)

Les «rondes éclairs» (par opposition aux dénombrements) sont habituellement effectuées toutes les heures, mais à intervalles irréguliers, pour créer un élément de surprise. Un des objectifs visés est de s'assurer que les détenus ne se livrent pas à des activités qui pourraient nuire au bon ordre et à la sécurité de l'établissement. Cependant, le premier détenu qui voit arriver le gardien crie ou dit habituellement quelque chose pour prévenir les autres détenus de l'arrivée du gardien.

Il n'y a aucun doute que le fait d'être vu «à partir de la ceinture» lorsqu'on utilise les lavabos, ne serait-ce que pendant deux ou trois secondes, choque jusqu'à un certain point les convenances sociales et constitue une atteinte à la vie privée des détenus, que le gardien soit du sexe masculin ou du sexe féminin. Les rondes de surveillance effectuées sous forme de dénombrements ou de «rondes éclairs» sont toutefois nécessaires pour maintenir l'ordre dans les établissements carcéraux et pour s'assurer que le prisonnier est vivant. Puisque, suivant les faits de la cause, les gardiens du sexe masculin et du sexe féminin agissent avec sérieux, est-il raisonnable de conclure qu'une atteinte de ce genre devient abusive lorsqu'elle est effectuée par un gardien du sexe féminin du simple fait qu'elle est une femme?

Voici les sérieuses réserves que j'ai au sujet de l'appréciation faite par le juge de première instance. Il a jugé acceptables les «rondes éclairs» effectuées la nuit par des personnes du sexe opposé. Pourtant, l'utilisation des lavabos la nuit est une possibilité. Je n'arrive pas à comprendre pourquoi les «rondes éclairs» sont inacceptables le jour et pas la nuit. La preuve démontre qu'il est arrivé que des détenus utilisent les lavabos pendant les dénombrements. Contrairement à ce que le juge de première instance a estimé, il se peut que les détenus ne soient pas toujours capables de prendre des précautions pour éviter ces situations pendant les dénombrements. La ligne de démarcation entre les «rondes éclairs» de jour et les dénombrements est-elle à ce point large pour justifier l'exclusion des gardiens du sexe féminin des «rondes éclairs» de jour? Les solutions de rechange

developed according to which the first inmate who views the guard shouts may not always occur at the beginning of the "wind". The administrative practice suggested by the Trial Judge for the female officer to announce the "wind" would destroy the difference between a count and a "wind" and render the "winds" useless. On the other hand, the vestibuling by female guards while men guards do the patrolling puts male guards in stressful situations more often than female guards.³⁰ Two categories of guards will be created. Some guards will have more responsibilities than others, some will gain more experience than others. Women will not be able to work the full spectrum of the Penitentiary Service as was recommended by the Parliamentary Committee.

The public interest served by the presence of female guards is not only directed to the improvement of the lot of women. It is concerned also with the enhancement of the quality of life in the prisons and the rehabilitation of the inmates.

The presence of women guards in carceral institutions in general has had some significant positive impact for the inmates and the institutions. Witnesses have expressed the thought that their presence has caused an "ameliorating effect", a "smoothing out" effect.³¹

Mr. Ralph Charles Serin, a psychologist, has testified in the following terms:³²

Inmates, not all but many adopt very traditional values towards women which is that the male is the provider in that situation and tends to do more of the decision-making. The problem is when an inmate is incarcerated and he is maintaining a relationship, the female is left without that provider and becomes more independent. Certainly in my experience, I have had to be involved in counselling between inmates and their spouses as the woman becomes more independent and learns to make

raisonnables suggérées par le juge de première instance comportent des difficultés car lorsque les «rondes éclairs» sont annoncées par l'administration, elles ne comportent plus d'élément de surprise. Il est possible que, contrairement à ce qui se produit habituellement, le premier détenu qui aperçoit le gardien n'avertisse pas les autres détenus par un cri dès le début de la «ronde éclair». La solution administrative suggérée par le juge de première instance, consistant pour l'agent du sexe féminin à annoncer la «ronde éclair», abolirait la différence qui existe entre un dénombrement et une «ronde éclair» et rendrait les «rondes éclairs» inutiles. En revanche, le fait pour les gardiens du sexe féminin de monter la garde à l'entrée du pavillon pendant que les gardiens du sexe masculin effectuent la ronde de surveillance mettrait les gardiens du sexe masculin dans des situations de grande tension plus souvent que les gardiens du sexe féminin³⁰. On créerait ainsi deux catégories de gardiens. Certains gardiens auraient plus de responsabilités que d'autres, certains acquerraient plus d'expérience que d'autres. Les femmes ne pourraient occuper tous les postes existants au sein du service des pénitenciers comme le comité parlementaire l'a recommandé.

L'intérêt du public à ce qu'il y ait des gardiens du sexe féminin ne vise pas seulement à améliorer le sort des femmes. Il concerne également l'amélioration de la qualité de la vie carcérale et la réadaptation des détenus.

La présence de gardiens du sexe féminin dans les établissements carcéraux a eu, en règle générale, des effets positifs importants sur les détenus et sur les établissements. Des témoins ont exprimé l'idée que leur présence avait eu «des effets bénéfiques», des effets d'«apaisement»³¹.

M. Ralph Charles Serin, un psychologue, a tenu les propos suivants dans son témoignage³²:

[TRADUCTION] Les détenus, pas tous, mais un bon nombre d'entre eux, adoptent des valeurs très traditionnelles envers les femmes: l'homme est le pourvoyeur dans cette situation et a tendance à prendre plus de décisions. Le problème qui se pose, c'est que lorsque le détenu est incarcéré et qu'il maintient une relation avec une femme, celle-ci se retrouve sans ce pourvoyeur et devient plus indépendante. Dans l'exercice de ma profession, il m'a fallu intervenir comme conseiller entre les détenus et

³⁰ Transcript, vol. 3, at p. 438.

³¹ Transcript, vol. 3, at p. 452.

³² Transcript, vol. 3, at pp. 497-498.

³⁰ Transcription, vol. 3, à la p. 438.

³¹ Transcription, vol. 3, à la p. 452.

³² Transcription, vol. 3, aux p. 497 et 498.

decisions for herself. That presents, on some occasions, difficulties for the male and female in terms of how they might get along when they get out, how they may have a chance to see a model of a more contemporary view of women, a more independent woman, and a chance to interact with those women I think will be fruitful for the men.

Dr. Lionel Béliveau, a psychiatrist, has testified:³³

[TRANSLATION] To name only a few, I would mention a number of advantages I have observed from my personal experience of having women work in prison institutions for men. As reported earlier, women encourage inmates as well as the other male guards to respect human dignity. Their presence discourages depraved or socially unacceptable behaviour. They facilitate the normalization of relations, thus helping to create a more human atmosphere in prisons. They help modify the prison subculture and reduce the number of violent acts inherent in the laws of the milieu or the jungle that existed before they arrived.

Dr. Lois Shawver, a Ph.D. in clinical psychology, 1973, University of Houston, has stated:³⁴

Women guards in the housing units of male prisons improve the prison culture in very significant ways. Although inmates may feel a trivial modesty concern, the misery of their general experience is reduced by the presence of women guards.

Any deterioration in the working load of women guards might bring more loss to the prison system than the alleged intrusion of privacy claimed by the respondent. On balance, the goals pursued by the state overrides the concerns of the respondent. In view of this conclusion, I find that no breach of section 8 of the Charter is committed when day "winds" are conducted by female guards.

For the same reason, I would dismiss the first ground of the cross-appeal. What is sought by the respondent is an even wider exception than that made by the Trial Judge since the request is for the total exclusion of women guards from surveillance of the inmates' living areas. The Trial Judge found the exclusion unnecessary in cases of counts

³³ A.B., at p. 508. The original version (French) is to be found at pp. 495-496.

³⁴ A.B., at p. 456.

leurs épouses, car la femme devient plus indépendante et apprend à prendre elle-même ses décisions. Cela crée parfois des difficultés pour les hommes et les femmes, qui se demandent comment ils vont s'entendre lorsqu'ils vont se retrouver. La possibilité qui leur est offerte de voir un modèle plus contemporain de la femme, une femme plus indépendante, et d'agir réciproquement avec ces femmes sera, à mon avis, fructueuse pour ces hommes.

Le Dr Lionel Béliveau, un psychiatre, a témoigné³³:

Pour n'en nommer que quelques-uns, qu'il me suffise de rapporter un certain nombre d'avantages que j'ai pu observer à partir de mon expérience personnelle de la présence des femmes travaillant en milieu carcéral pour hommes. Tel que rapporté plus haut, les femmes incitent les détenus ainsi que les autres gardiens masculins à un respect de la dignité de la personne humaine. Elles dissuadent par leur présence les comportements pervers ou socialement inacceptables. Elles facilitent la normalisation des relations contribuant ainsi à créer un climat plus humain dans le milieu carcéral. Elles contribuent à modifier la sous-culture carcérale et à diminuer les actes de violence inhérents aux lois du milieu ou de la jungle qui existaient avant leur arrivée.

Le Dr Lois Shawver, qui a obtenu en 1973 un doctorat en psychologie clinique de l'université de Houston, a déclaré³⁴:

[TRADUCTION] Les femmes qui travaillent comme gardiennes dans les unités résidentielles des prisons pour hommes amélioreront la culture carcérale de façon très significative. Même si les détenus peuvent avoir des préoccupations négligeables en ce qui concerne la modestie, les souffrances qu'ils ont vécues en général dans leur vie sont atténuées par la présence de gardiennes.

Toute détérioration de la charge de travail des gardiens du sexe féminin pourrait causer une plus grande perte pour le système carcéral que l'atteinte présumée à la vie privée dont se plaint l'intimé. À tout prendre, les objectifs poursuivis par l'État l'emportent sur les préoccupations de l'intimé. Vu cette conclusion, j'estime qu'aucune violation de l'article 8 de la Charte n'est commise lorsque les « rondes éclairs » de jour sont effectuées par des gardiens du sexe féminin.

Pour la même raison, je rejetterais le premier moyen de l'appel incident. Ce que l'intimé sollicite, c'est une exception encore plus large que celle qu'a faite le juge de première instance, car il demande à la Cour d'interdire aux gardiens du sexe féminin toute surveillance des unités résidentielles des détenus. Le juge de première instance a jugé inutile

³³ Dossier d'appel, version originale française, aux p. 495 et 496.

³⁴ Dossier d'appel, à la p. 456.

or night "winds". My assessment is that the presence of female guards in the living areas of the inmates for professional reasons, at all times, is not unreasonable.

I would allow the appeal. I would dismiss the first ground of the cross-appeal.

THE SECOND GROUND OF THE CROSS-APPEAL

The respondent claims that the Trial Judge erred in law when he concluded that frisk searches caused no or very little invasion to the privacy of male inmates.

The Trial Judge found that frisk searches of male prisoners by women guards, did not constitute a breach of the rights guaranteed by sections 7, 8 or 15 of the Charter.

In view of what I said earlier, I have no difficulty with the assessment made by the Trial Judge. I would dismiss the second ground of the cross-appeal.

CONCLUSION

I would allow the appeal, I would set aside the judgment of the Trial Judge issued June 9, 1987. I would dismiss the cross-appeal.

I would order that the appellant be entitled to costs on the cross-appeal.

HEALD J.A.: I concur.

l'exclusion dans le cas des dénombrements et des «rondes éclairs» de nuit. J'estime que la présence continue de gardiens du sexe féminin dans les unités résidentielles des détenus pour des raisons d'ordre professionnel n'est pas déraisonnable.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel. Je rejetterais le premier moyen de l'appel incident.

LE SECOND MOYEN DE L'APPEL INCIDENT

L'intimé prétend que le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que les fouilles par palpation ne portaient pas atteinte au droit à la vie privée des détenus du sexe masculin ou que cette atteinte était négligeable.

Le juge de première instance a conclu que la fouille par palpation de détenus du sexe masculin par des gardien du sexe féminin ne constituait pas une violation des droits garantis par les articles 7, 8 ou 15 de la Charte.

Compte tenu de ce que j'ai déjà dit, j'accepte d'emblée l'appréciation faite par le juge de première instance. Je rejetterais le second moyen de l'appel incident.

DISPOSITIF

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le jugement prononcé par le juge de première instance le 9 juin 1987 et de rejeter l'appel incident.

Je condamnerais l'intimé aux dépens de l'appel incident.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.