

T-1934-87

T-1934-87

Thomas Jackson (Plaintiff)

v.

Disciplinary Tribunal, Joyceville Penitentiary, namely Donald Schlichter, Independent Chairperson and Attorney General of Canada (Defendants)

INDEXED AS: JACKSON v. JOYCEVILLE PENITENTIARY (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, March 13, 14, 15, 17, 1989 and February 16, 1990.

Penitentiaries — Mandatory urine sampling for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 — Purpose to reduce prison violence — Violating Charter, s. 7 right to liberty and security and s. 8 protection against unreasonable search or seizure as s. 41.1, without criteria for application, permitting custodial staff to require inmate suspected of having ingested intoxicant to provide urine sample.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Penitentiaries — Mandatory urine sampling for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 — Coupled with disciplinary proceedings in case of refusal, s. 41.1 violating Charter, s. 7 by depriving inmate of right to liberty and security of person in manner not in accordance with principles of natural justice.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Search or seizure — Penitentiaries — Mandatory urine sampling procedure for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 — In violation of Charter, s. 8 protection against unreasonable search or seizure as regulation not providing criteria for application.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Penitentiaries — Mandatory urine sampling for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 — Purpose of program to reduce prison violence — Limitations, in s. 41.1, on Charter, ss. 7 and 8 rights, in absence of criteria for application, not reasonable limitation prescribed by law within Charter, s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Penitentiaries — Mandatory urine sampling for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 —

Thomas Jackson (demandeur)

c.

Le tribunal disciplinaire, pénitencier de Joyceville, savoir Donald Schlichter, président indépendant et le procureur général du Canada (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: JACKSON c. PÉNITENCIER DE JOYCEVILLE (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 13, 14, 15, 17 mars 1989 et 16 février 1990.

Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art. 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Le but visé est la diminution de la violence dans les prisons — L'art. 41.1 viole le droit à la liberté et à la sécurité de la personne prévu par l'art. 7 de la Charte et porte atteinte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garantie par l'art. 8 de la Charte, parce qu'en l'absence de critères régissant son application, il permet au personnel du pénitencier d'exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urines s'il est soupçonné d'avoir absorbé une substance hallucinogène.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art. 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Étant donné la possibilité d'audiences disciplinaires en cas de refus, l'art. 41.1 viole l'art. 7 de la Charte car il restreint le droit du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Fouilles ou saisies — Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art. 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Porte atteinte à la protection contre les fouilles et les saisies abusives garantie par l'art. 8 de la Charte, car le règlement ne contient aucun critère régissant son application.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art. 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Le but du programme est la diminution de la violence dans les prisons — Les restrictions des droits garantis par les art. 7 et 8 de la Charte, que comporte l'art. 41.1, ne constituent pas, en l'absence de critères régissant son application, une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'art. premier de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art.

No discrimination contrary to Charter, s. 15 as different treatment due to past crimes, not personal characteristics.

The *Penitentiary Service Regulations* were amended in 1985 to authorize mandatory urine sampling for the detection and deterrence of drug and intoxicant use in federal penitentiaries (section 41.1) and to provide for consequences of positive tests (paragraph 39(i.1)). The program was to include random testing of 10 percent of all inmates every two months. Initially, the urinalysis surveillance program was to be introduced by standing orders at two institutions: Joyceville, Ontario and Cowansville, Québec. But in August, 1986, the Québec Superior Court declared that the regulations violated Charter section 7 and were not saved by section 1. That decision is under appeal.

In April, 1987, the plaintiff, an inmate at the Joyceville Penitentiary, was suspected of being under the influence of an intoxicant. He was ordered, under section 41.1 of the Regulations, to provide a urine sample. He refused on the ground that this was a violation of his constitutional rights. He was charged with and convicted of disobeying a lawful order, contrary to paragraph 39(a) of the Regulations.

This was an action for a declaration that section 41.1 of the *Penitentiary Service Regulations* contravenes sections 7, 8 and 15 of the Charter.

Held, the action should be allowed.

Charter Section 8

The requirement to give a sample was a search within the meaning of Charter section 8. The inmate could not be said to have been free to refuse where the punishment for refusing was the same as for having consumed intoxicants. The search here authorized was unreasonable within the meaning of section 8.

The facts pleaded and established restricted the issue to those circumstances clearly described within a narrow construction of section 41.1 of the Regulations as it related to the situation where a staff member believed or suspected that the plaintiff had consumed an intoxicant "other than brew". The Commissioner's directives do not have the force of law and could not qualify the words of the regulation in question nor prescribe a limit within the meaning of section 1 of the Charter. Nevertheless, in the world of government operations today a variety of initiatives are taken as outlined by a variety of documents and instruments purporting to be under general statutes and regulations, as the Government of Canada's Regulatory Reform Program itself implicitly acknowledges. There is therefore much to be said for a broad judicial conception of what constitutes law or legal action if the Charter of Rights is to be given full scope in its application to governmental action. However, in this case, section 41.1 of the Regulations was to be read without modification or qualification derived from the directives and standing orders that dealt with its application. And as enacted, without any express criteria, other than considering it necessary, section 41.1 did not meet the qualification

41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Il ne s'agit pas de discrimination interdite par l'art. 15 de la Charte, puisque le traitement distinct découle de crimes passés et non de caractéristiques personnelles.

Le *Règlement sur le service des pénitenciers* a été modifié en 1985 afin que soit autorisée l'analyse d'urines obligatoire en vue de détecter la présence de drogues dans les pénitenciers et de dissuader les détenus d'en faire usage (article 41.1) et afin que soient précisées les conséquences d'un résultat positif (alinéa 39i.1)). D'après le programme, dix pour cent de tous les détenus devaient être choisis au hasard tous les deux mois et soumis à une analyse. À l'origine, le programme de surveillance au moyen d'analyses d'urines devait être instauré en vertu d'ordres permanents dans deux établissements: celui de Joyceville en Ontario et celui de Cowansville au Québec. Mais en août 1986, la Cour supérieure du Québec a déclaré que le règlement violait l'article 7 de la Charte et ne constituait pas une exception visée par l'article premier. Cette décision a été portée en appel.

En avril 1987, le demandeur, détenu au pénitencier de Joyceville, a été soupçonné d'être sous l'empire d'une substance hallucinogène. Il a reçu l'ordre de fournir un échantillon d'urines conformément à l'article 41.1 du Règlement. Il a refusé parce qu'à son avis, cet ordre était contraire à ses droits constitutionnels. Il a été inculpé et déclaré coupable de l'infraction prévue à l'alinéa 39a) du Règlement, savoir désobéissance à un ordre légitime.

Cette action visait l'obtention d'une déclaration portant que l'article 41.1 du *Règlement sur le service des pénitenciers* transgresse les articles 7, 8 et 15 de la Charte.

Jugement: il devrait être fait droit à l'action.

L'article 8 de la Charte

L'obligation de fournir un échantillon constituait une fouille au sens de l'article 8 de la Charte. On ne pouvait affirmer que le détenu avait la faculté de refuser puisqu'il encourait la même sanction en cas de refus qu'en cas de consommation de substances hallucinogènes. La fouille autorisée en l'espèce était abusive au sens de l'article 8.

Vu les faits allégués et prouvés, la question se ramenait aux circonstances clairement décrites, selon une interprétation stricte de l'article 41.1 du Règlement, savoir le fait qu'un membre du personnel avait cru ou soupçonné que Jackson avait consommé une substance hallucinogène «autre qu'un alcool de fabrication artisanale». Les directives du commissaire n'ont pas force de loi et elles ne pouvaient pas assortir le règlement en cause d'une réserve ni prescrire une limite au sens de l'article premier de la Charte. Néanmoins, dans le vaste domaine des activités de l'État aujourd'hui, diverses actions sont accomplies dans l'application de divers actes et instruments censés avoir été pris en conformité avec des lois et des textes réglementaires de portée générale, comme le reconnaît implicitement le Programme de la réforme de la réglementation fédérale. Par conséquent, les tribunaux seraient peut-être bien avisés en adoptant une interprétation large de ce qui constitue une règle de droit ou une action prévue par la loi si la Charte des droits doit s'appliquer intégralement à l'action de l'État. Il fallait toutefois, en l'espèce, interpréter l'article 41.1 du Règlement sans tenir compte des modifications ou des réserves qui découlaient des directives et des ordres permanents régissant, en

that the law providing for the search be reasonable in order to meet the standards of section 8 of the Charter.

Charter Section 7

Section 41.1, coupled with disciplinary action for failure to provide a specimen when ordered to do so, constituted a deprivation of fundamental rights of inmates to liberty and security of the person. That deprivation, in the absence of criteria for requiring a specimen, was not in accordance with the principles of natural justice.

Charter Section 1

The evidence established that the presence of intoxicants in the prison setting created serious problems including a greater risk and level of violence that affected institutional security for both convicts and staff. But while the ultimate objective of controlling drugs to improve safety and security within institutions presented societal concerns that were pressing and substantial in a free and democratic society, and while the measures planned to deter and detect the unauthorized consumption of drugs and intoxicants were not unusual in other free and democratic societies, the means selected, given the lack of standards or criteria limiting the authority to search, were unreasonable. Section 41.1 was therefore not a reasonable limitation within section 1 of the Charter.

Charter Section 15

The allegation was that the plaintiff was within the only class of persons in Canada, namely prison inmates, required by law to submit urine samples or face penal consequences for failing to do so. Even if this were so, this differentiation was not discriminatory within the meaning of section 15. It was not related to any of the enumerated and prohibited grounds, or analogous grounds, which concern personal characteristics. The difference in treatment of convicts as a group arose not from personal characteristics but from past conduct in the nature of criminal activities. Differences of this sort are not prohibited by the Charter.

The plaintiff was also entitled to a declaration that his conviction by the disciplinary tribunal was unlawful and of no force and effect.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 8, 15, 24(1).

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 497.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).

l'occurrence, son application. Et tel quel, sans critères explicites, sauf le fait pour un agent de juger la mesure nécessaire, l'article 41.1 du Règlement ne pouvait être considéré comme une loi raisonnable autorisant des fouilles et il ne satisfaisait donc pas aux exigences de l'article 8 de la Charte.

^a L'article 7 de la Charte

L'article 41.1, dont l'application est combinée à la prise de sanctions disciplinaires conformément aux ordres permanents en cas d'omission de fournir un échantillon en dépit d'un ordre reçu, constituait une atteinte aux droits fondamentaux des détenus à la liberté et à la sécurité de leur personne. Cette atteinte, en l'absence de critères suivant lesquels un échantillon pouvait être exigé, n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale.

^b L'article premier de la Charte

Il est ressorti de toute évidence de la preuve que la présence de substances hallucinogènes dans les établissements pénitentiaires créait de très graves problèmes, entre autres en augmentant le risque et le degré de violence qui menaçaient la sécurité de ces établissements tant pour le personnel que pour les détenus. Certes, l'objectif premier du règlement, savoir la prévention de l'usage des drogues en vue de l'amélioration de la sûreté et de la sécurité dans les établissements, donnait lieu à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, et les mesures qui étaient prévues à titre dissuasif et afin de déceler la consommation non autorisée de drogues et de substances hallucinogènes n'étaient pas exceptionnelles dans d'autres sociétés libres et démocratiques, mais les moyens choisis, étant donné l'absence de normes ou de critères limitant les pouvoirs attribués en matière de fouille, étaient abusifs. L'article 41.1 n'était donc pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte.

^c L'article 15 de la Charte

Selon une allégation faite en l'espèce, le demandeur aurait appartenu au seul groupe au Canada, savoir celui des détenus, dont les membres étaient tenus aux termes de la loi de se soumettre à une analyse d'urines sous peine de sanctions pénales. Même si cette assertion avait été véridique, la différenciation n'était pas discriminatoire au sens de l'article 15. Elle ne se rapportait pas à l'un ou l'autre des motifs énumérés et interdits, ou motifs analogues, qui touchent des caractéristiques personnelles. Le traitement distinct dont faisaient l'objet les détenus, en tant que groupe, ne découlait pas de caractéristiques personnelles mais bien de leur conduite passée, qui était répréhensible. Ces distinctions-là ne sont pas interdites par la Charte.

^d Le demandeur avait également droit à une déclaration portant que la déclaration de culpabilité prononcée par le tribunal disciplinaire était illégale et inopérante.

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. 1, 7, 8, 15, 24(1).

Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 497.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985),

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420.
Penitentiary Act, R.S.C., 1985, c. P-5, ss. 35(4), 37.
Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, ss. 2
 (as am. by SOR/85-412, s. 1), 39(a),(i),(i.1) (as enacted
idem, s. 2),(j), 41(2)(c) (as am. by SOR/80-462,
 s. 1), 41.1 (as enacted by SOR/85-412, s. 3).

Appendice II, n° 44], art. 52(1).
Loi sur les pénitenciers, L.R.C. (1985), chap. P-5,
 art. 35(4), 37.
Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C.,
 chap. 1251, art. 2 (mod. par DORS/85-412, art. 1),
 39a),i),i.1) (édicte, idem, art. 2), j), 41(2)c) (mod. par
 DORS/80-462, art. 1), 41.1 (édicte, par DORS/85-
 412, art. 3).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle
 420.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dion c. Procureur général du Canada, [1986] R.J.Q.
 2196; 30 C.C.C. (3d) 108; [1986] D.L.Q. 353 (S.C.); *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.
 276; *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.); revg in part [1988] 1 F.C. 369; (1987), 59
 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (T.D.); *Martineau et al. v.*
Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board, [1978] 1
 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d)
 366; 14 N.R. 285; *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; *Singh et al. v.*
Minister of Employment and Immigration, [1985] 1
 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R.
 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Operation Dismantle Inc.*
et al. v. The Queen et al., [1985] 1 S.C.R. 441;
 (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13
 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Re B.C. Motor Vehicle Act*,
 [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536;
 [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d)
 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63
 N.R. 266; *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; *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and*
Ontario Board of Censors (1984), 45 O.R. (2d) 80; 5
 D.L.R. (4th) 766; 38 C.R. (3d) 271; 2 O.A.C. 388
 (C.A.); *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada,*
Customs and Excise, [1985] 1 F.C. 85; (1985), 17
 D.L.R. (4th) 503; 9 C.E.R. 229; 45 C.R. (3d) 81; 15
 C.R.R. 167; [1985] 1 C.T.C. 246; 57 N.R. 386 (C.A.);
Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1
 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R.
 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

DISTINGUISHED:

R. v. Katsigiorgis (1987), 62 O.R. (2d) 441; 39 C.C.C.
 (3d) 256; 4 M.V.R. (2d) 102; 23 O.A.C. 27 (C.A.); *R. v.*
L.A.R. (1985), 17 D.L.R. (4th) 268; [1985] 3 W.W.R.
 289; 32 Man. R. (2d) 291; 18 C.C.C. (3d) 104; 45 C.R.
 (3d) 209; 14 C.R.R. 328; 32 M.V.R. 61 (C.A.); *R. v.*
Beare, [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481;

b JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Dion c. Procureur général du Canada, [1986] R.J.Q.
 2196; 30 C.C.C. (3d) 108; [1986] D.L.Q. 353 (C.S.); *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.
 276; *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.); infirmant en partie [1988] 1 C.F. 369;
 (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (1^{re} inst.);
Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus
de l'Institution de Matsqui, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977),
 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285;
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; *Singh et autres*
c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1
 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R.
 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Operation Dismantle Inc.*
et autres c. La Reine et autres, [1985] 1 R.C.S. 441;
 (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13
 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Remvoi: Motor Vehicle Act de la*
C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536;
 [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d)
 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63
 N.R. 266; *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; *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and*
Ontario Board of Censors (1984), 45 O.R. (2d) 80; 5
 D.L.R. (4th) 766; 38 C.R. (3d) 271; 2 O.A.C. 388
 (C.A.); *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada,*
Douanes et Accise, [1985] 1 C.F. 85; (1985), 17 D.L.R.
 (4th) 503; 9 C.E.R. 229; 45 C.R. (3d) 81; 15 C.R.R. 167;
 [1985] 1 C.T.C. 246; 57 N.R. 386 (C.A.); *Andrews c.*
Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143;
 (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34
 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. v. Katsigiorgis (1987), 62 O.R. (2d) 441; 39 C.C.C.
 (3d) 256; 4 M.V.R. (2d) 102; 23 O.A.C. 27 (C.A.); *R. v.*
L.A.R. (1985), 17 D.L.R. (4th) 268; [1985] 3 W.W.R.
 289; 32 Man. R. (2d) 291; 18 C.C.C. (3d) 104; 45 C.R.
 (3d) 209; 14 C.R.R. 328; 32 M.V.R. 61 (C.A.); *R. c.*
Beare, [1988] 2 R.C.S. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481;

[1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205.

CONSIDERED:

R. v. Noble (1984), 48 O.R. (2d) 643; 14 D.L.R. (4th) 216; 16 C.C.C. (3d) 146; 42 C.R. (3d) 209; 12 C.R.R. 138; 6 O.A.C. 11 (C.A.).

REFERRED TO:

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241; *Law v. Solicitor General of Canada*, [1985] 1 F.C. 62; (1984), 11 D.L.R. (4th) 608; 57 N.R. 45 (C.A.); *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 C.L.L.C. 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.); leave to appeal granted [1989] 2 S.C.R. 1110; *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Alli v. Canada (Attorney General)* (1988), 88 N.R. 1 (F.C.A.); *Canada (Procureur général) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.); *R. v. Racette* (1988), 48 D.L.R. (4th) 412; [1988] 2 W.W.R. 318; 61 Sask. R. 248; 39 C.C.C. (3d) 289; 6 M.V.R. (2d) 55 (Sask. C.A.); *R. v. Dymont* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210; 26 D.L.R. (4th) 399; 170 A.P.R. 210; 25 C.C.C. (3d) 120; 49 C.R. (3d) 338; 38 M.V.R. 222 (P.E.I.C.A.); *R. v. Enns* (1987), 85 A.R. 7; 3 W.C.B. (2d) 186 (Prov. Ct.); *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378; 16 M.V.R. 225 (B.C. Prov. Ct.); *Jensen v. Lick*, 589 F. Supp. 35 (Dist. Ct. 1984); *Spence v. Farrier*, 807 F.2d 753 (8th Cir. 1986); *Peranzo v. Coughlin*, 675 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1987); *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987) upheld on appeal 103 L.Ed. 2d 685 (1989); *McDonell v. Hunter*, 809 F.2d 1302 (8th Cir. 1987); *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241; *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (Ct. App. N.Y. 1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (2nd Cir. 1979); *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (4th Cir. 1984); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Skinner v. Railway Labor Executives' Assn.*, 103 L.Ed. 2d 639 (1989); *Mack v. U.S., F.B.I.*, 653 F.Supp. 70 (S.D.N.Y. 1986); appeal dismissed 814 F.2d 120 (2nd Cir. 1987); *Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d 1136 (3rd Cir. 1986).

COUNSEL:

Fergus J. O'Connor and *Donald A. Bailey* for plaintiff.
J. Grant Sinclair, Q.C. and *Brian J. Saunders* for defendants.

[1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205.

DÉCISION EXAMINÉE:

R. v. Noble (1984), 48 O.R. (2d) 643; 14 D.L.R. (4th) 216; 16 C.C.C. (3d) 146; 42 C.R. (3d) 209; 12 C.R.R. 138; 6 O.A.C. 11 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241; *Law c. Solliciteur général du Canada*, [1985] 1 C.F. 62; (1984), 11 D.L.R. (4th) 608; 57 N.R. 45 (C.A.); *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 C.L.L.C. 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.); autorisation de pourvoi accordée [1989] 2 R.C.S. 1110; *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714; (1988), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Alli c. Canada (Procureur général)* (1988), 88 N.R. 1 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.); *R. v. Racette* (1988), 48 D.L.R. (4th) 412; [1988] 2 W.W.R. 318; 61 Sask. R. 248; 39 C.C.C. (3d) 289; 6 M.V.R. (2d) 55 (C.A. Sask.); *R. v. Dymont* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210; 26 D.L.R. (4th) 399; 170 A.P.R. 210; 25 C.C.C. (3d) 120; 49 C.R. (3d) 338; 38 M.V.R. 222; (C.A. Î.-P.-É.); *R. v. Enns* (1987), 85 A.R. 7; 3 W.C.B. (2d) 186 (C. prov.); *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378; 16 M.V.R. 225 (C. prov. C.-B.); *Jensen v. Lick*, 589 F. Supp. 35 (Dist. Ct. 1984); *Spence v. Farrier*, 807 F.2d 753 (8th Cir. 1986); *Peranzo v. Coughlin*, 675 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1987); *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987) confirmé en appel par 103 L.Ed. 2d 685 (1989); *McDonell v. Hunter*, 809 F.2d. 1302 (8th Cir. 1987); *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241; *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (Ct. App. N.Y. 1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (2nd Cir. 1979); *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (4th Cir. 1984); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Skinner v. Railway Labour Executives' Assn.*, 103 L.Ed. 2d 639 (1989); *Mack v. U.S., F.B.I.*, 653 F.Supp. 70 (S.D.N.Y. 1986); appel rejeté 814 F.2d 120 (2nd Cir. 1987); *Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d 1136 (3rd Cir. 1986).

AVOCATS:

Fergus J. O'Connor et *Donald A. Bailey* pour le demandeur.
J. Grant Sinclair, c.r. et *Brian J. Saunders* pour les défendeurs.

SOLICITORS:

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

Deputy Attorney General of Canada for defendants. ^a

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACKEY J.:

Introduction: The Issues

The plaintiff, an inmate of Joyceville Penitentiary, seeks relief in the form of declarations that would protect his right, as he claims it under 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]], to decline to provide a urine sample when ordered to do so by custodial staff in the institution. His refusal to provide a sample when ordered to do so became the subject of disciplinary proceedings before the defendant tribunal.

When charged with failure to obey a lawful order under paragraph 39(a) of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251 as amended, the plaintiff submitted written defence that the order in question was not lawful because section 41.1 [as enacted by SOR/85-412, s. 3] of the Regulations, under which the order was made, authorized a mandatory urine sampling procedure that was unconstitutional and inconsistent with the Charter of Rights and Freedoms and therefore unconstitutional. At the time of the disciplinary proceedings that section of the Regulations had already been declared by the Quebec Superior Court to be contrary to section 7 of the Charter, and not to constitute a reasonable limitation justifiable in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter: see *Dion c. Procureur général du Canada*, [1986] R.J.Q. 2196 (S.C.), per Galipeau J. In Jackson's case the tribunal ruled that it did not have jurisdiction to deal with the constitutional validity of the *Penitentiary Service Regulations* in issue, and that failure to provide a sample when ordered to do so constituted a refusal to obey a lawful order. Sentence was

PROCUREURS:

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

Le sous-procureur général du Canada, pour les défendeurs.

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

LE JUGE MACKEY:

Introduction: Les questions en litige

Le demandeur, détenu au pénitencier de Joyceville, demande une réparation sous forme de jugement déclaratoire qui protégerait son droit, garanti d'après lui par 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]], de refuser de fournir un échantillon d'urine quand un membre du personnel de l'établissement lui en donne l'ordre. Son refus d'obéir à l'ordre de fournir un échantillon a donné lieu à une audience du tribunal disciplinaire défendeur. ^c

Lorsqu'il a été inculpé d'omission d'obéir à un ordre légitime, soit l'infraction prévue à l'alinéa 39a) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, modifié, le demandeur a présenté une défense par écrit. Il y soutenait que l'ordre en question n'était pas légitime parce que l'article 41.1 [édicte par DORS/85-412, art. 3] du Règlement, aux termes duquel l'ordre avait été donné, permettait la prise d'une mesure obligatoire, c'est-à-dire la remise d'un échantillon d'urine, qui était inconstitutionnelle, notamment contraire à la Charte des droits et libertés. Au moment de l'audience du tribunal disciplinaire, la Cour supérieure du Québec avait déjà déclaré que cet article du Règlement contrevenait à l'article 7 de la Charte et ne constituait pas une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte: voir *Dion c. Procureur général du Canada*, [1986] R.J.Q. 2196 (C.S.), juge Galipeau. Quant à Jackson, le tribunal a dit ne pas être compétent pour connaître de la validité constitutionnelle du *Règlement sur le service des pénitenciers* et il a conclu que la désobéissance à

withheld pending disposition of proceedings which by then had been initiated in this Court.

In this Court the plaintiff initially sought an order of prohibition against the tribunal continuing to deal with the matter on the grounds that by declining to consider whether the order in question was lawful in light of the Charter the tribunal had failed to properly exercise its jurisdiction, and that section 41.1 of the *Penitentiary Service Regulations* authorizing mandatory urine samples violates one or more of sections 7, 8 and 15 of the Charter.

On motion of the Attorney General of Canada, approved by order of my colleague Mr. Justice Dubé, the issues arising from the plaintiff's application which involve the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were directed to be resolved by an action between the parties. The plaintiff's original application for an order of prohibition was simultaneously adjourned. A statement of claim was filed commencing this action, and subsequently it was amended to include the Attorney General of Canada as a party defendant.

Preparations were made for trial including agreement between counsel that this action should be concerned only with issues involving the Charter as set out in the statement of claim. Other relief therein claimed in relation to other aspects of the Disciplinary Tribunal's proceedings would not be pursued at this time, without prejudice to possible subsequent pursuit of these claims by the plaintiff.

After commencement of the trial counsel for the plaintiff discovered that the statement of claim, amended and relied upon throughout pre-trial discovery and discussions, omitted reference to section 15 of the Charter as being contravened by the *Penitentiary Service Regulations* here in issue. He sought leave at that late juncture to amend the statement of claim. That motion was opposed by counsel for the defendants in light of the prior agreement of counsel, the lateness of the timing of the motion when there had been adequate opportunity before trial to seek amendment, and because

l'ordre de fournir un échantillon constituait un refus d'obéir à un ordre légitime. Le tribunal s'est abstenu de prononcer la sentence en attendant que cette Cour statue sur la procédure dont elle avait déjà été saisie.

Devant cette Cour, le demandeur a d'abord demandé que soit rendue une ordonnance interdisant au tribunal de conserver la connaissance du litige pour la raison qu'en refusant de statuer sur la légitimité de l'ordre en cause à la lumière de la Charte, le tribunal n'avait pas valablement exercé sa juridiction et pour la raison que l'article 41.1 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, qui permet d'exiger que soient remis des échantillons d'urines, viole l'un ou l'autre des articles 7, 8 et 15 de la Charte.

Sur requête du procureur général du Canada, mon collègue le juge Dubé a ordonné que les questions découlant de la demande du demandeur mettant en jeu la *Charte canadienne des droits et libertés* soient tranchées dans le cadre d'une action entre les parties. La demande initiale du demandeur visant la délivrance d'un bref de prohibition a alors été ajournée. La présente instance a été introduite au moyen d'une déclaration qui a par la suite été modifiée afin que le procureur général du Canada soit constitué partie défenderesse.

Les avocats ont entamé les préparatifs de mise en état de l'affaire, notamment en se mettant d'accord pour que le débat soit circonscrit autour des questions touchant la Charte qui sont énoncées dans la déclaration. Les autres réparations demandées dans celle-ci à l'égard d'autres aspects de l'audience tenue par le tribunal disciplinaire seraient laissées de côté, sous réserve du droit du demandeur de les faire valoir ultérieurement.

Après le début du procès, l'avocat du demandeur s'est rendu compte que la déclaration, bien que modifiée et invoquée au cours de l'interrogatoire préalable et des discussions qui ont précédé le procès, ne faisait pas mention de l'incompatibilité entre l'article 15 de la Charte et les dispositions litigieuses du *Règlement sur le service des pénitenciers*. Il a donc demandé tardivement l'autorisation de modifier la déclaration. L'avocat des défendeurs s'est opposé à cette requête, étant donné l'accord antérieur entre les avocats, le retard à présenter la requête—l'autre partie ayant eu suffi-

he was not at that stage prepared to deal in argument with section 15 of the Charter. After hearing counsel, with their cooperation assured and time available to prepare argument on the added ground, I allowed the plaintiff's motion. The statement of claim was amended pursuant to Rule 420 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], for reasons then set out separately and filed in the Court file.

In the result the issues to be resolved in this trial include those underlying the relief claimed by the plaintiff in paragraphs 7(a) and 7(b) of the statement of claim as finally amended. That relief included

(a) a Declaration that the Defendants (tribunal) unlawfully declined jurisdiction in failing to rule on whether or not section 41.1 of the Penitentiary Service Regulations contravened the Canadian Charter of Rights and Freedoms; and

(b) a Declaration that section 41.1 of the Penitentiary Service Regulations does contravene the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and in particular section 7 and section 8 and section 15 thereof.

Facts of the Case

The facts of this case are essentially quite simple. The plaintiff, Thomas Jackson, was an inmate at Joyceville, a medium security institution, from December 1986. He had previously been there in the years from 1978 to 1982 and he had earlier also been an inmate at Collins Bay and at Millhaven institutions. In his experience before his current sentence there had been no requirement for mandatory urine samples and testing.

On April 29, 1987 at about noon Mr. Jack Izatt, a living unit officer employed with the Correctional Service of Canada at Joyceville, with responsibilities in relation to the living unit range which contained Jackson's cell, completed a regular count of inmates then present in the living range. He noticed the plaintiff Jackson in his cell, lying on his bed presumably asleep. Some ten minutes later, after verification of the count, Izatt again walked down the range to check with inmates then present whether they were soon leaving to return to work or to go elsewhere, or whether they would remain in the range unit and thus be under his general supervision. At that time he called out to

samment de temps pour demander la modification avant le procès—et le fait que lui-même n'avait pas à ce moment-là préparé son argumentation relativement à l'article 15 de la Charte. Après avoir entendu les avocats, qui m'ont assuré de leur collaboration et qui disposeront du temps nécessaire pour préparer leur argumentation au sujet du motif ajouté, j'ai fait droit à la requête du demandeur. La déclaration a été modifiée conformément à la Règle 420 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap 663], pour les motifs donnés à cette occasion et versés au dossier de la Cour.

En conséquence, les questions à trancher dans ce procès sont celles qui fondent la demande de réparation formulée aux paragraphes 7a) et b) de la déclaration, dans sa dernière version. Cette demande de réparation comprenait

[TRADUCTION] a) Une déclaration portant que les défendeurs (le tribunal) se sont abstenus, sans droit, d'exercer leur juridiction en refusant de statuer sur la question de savoir si l'article 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers transgressait la Charte canadienne des droits et libertés;

b) une déclaration portant que l'article 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers transgresse la Charte canadienne des droits et libertés, en particulier les articles 7, 8 et 15 de celle-ci.

Faits de la cause

Les faits sont au fond assez simples. Le demandeur, Thomas Jackson, était détenu à l'établissement à sécurité moyenne de Joyceville depuis décembre 1986. Il y avait déjà été détenu de 1978 à 1982 et il avait purgé auparavant une peine aux établissements de Collins Bay et de Millhaven. C'était la première fois qu'il avait l'obligation de fournir des échantillons d'urines en vue d'une analyse.

Vers midi le 29 avril 1987, M. Jack Izatt, agent d'unité résidentielle du Service correctionnel du Canada à Joyceville, dont les fonctions concernaient la rangée de cellules dans laquelle se trouvait celle de Jackson, a fait comme à l'ordinaire le dénombrement des détenus de cette rangée. Il a remarqué que le demandeur Jackson était dans sa cellule, dormant vraisemblablement dans son lit. Environ dix minutes plus tard, après avoir vérifié le compte, Izatt a parcouru de nouveau la rangée pour demander aux détenus qui étaient là s'ils allaient bientôt retourner travailler ou aller ailleurs, ou s'ils comptaient rester dans leur cellule, auquel cas ils seraient sous sa surveillance géné-

Jackson who appeared to be asleep and who responded only after two or three calls, and who indicated then that he was not going to work but was staying where he was.

About an hour later Izatt and others working under Mr. Alexander Lubimiv, a living unit supervisor at Joyceville, were directed by the latter that a search would be conducted of range 1-D, the range containing Jackson's cell. Lubimiv and another officer remained at the head of the range to direct inmates to the range common room and to block the barrier providing access to the rest of the cell block building. Izatt proceeded to the far end of the range to direct any inmates there present to go to the range common room while the search of the range was completed. Again, as he had done earlier, Izatt had to call two or three times to waken Jackson whose cell was at the far end of the range. When he had awakened him he directed Jackson to the common room since staff were going to conduct a search. Jackson got up, put on his jacket, left his cell and proceeded down the range toward Lubimiv. Izatt says he noticed Jackson swaying from side to side, saw him bounce against projecting handles of some of the doors but then he noticed that Jackson seemed to straighten up. Izatt followed Jackson, checking on other cells. He observed Jackson gesticulating with his hands and talking loudly to Lubimiv who appeared to be directing Jackson into the common room.

Lubimiv, who had remained at the head of the range, testified that he observed Jackson walking from his cell. When he got near the head of the range, instead of turning into the common room as expected, he continued moving the short distance towards Lubimiv as though to push past him but he stopped just before reaching Lubimiv. When asked where he was going, Jackson said he was going to the committee room, that he was a committee man and that he had a meeting which was to have started at 12:30. He was told by Lubimiv there was a search underway, that he could not then go to the committee room which was outside the range unit, and he would have to go to the common room. Jackson complied, though only

rale. À ce moment-là, il a appelé Jackson, qui semblait dormir et qui n'a répondu qu'après deux ou trois appels pour dire qu'il n'allait pas travailler mais rester là où il était.

a

Approximativement une heure plus tard, Izatt et d'autres employés ont reçu l'ordre de M. Alexander Lubimiv, surveillant d'unité résidentielle à Joyceville, d'effectuer une fouille de la rangée 1-D, celle où se trouvait la cellule de Jackson. Lubimiv et un autre agent se sont placés au début de la rangée pour diriger les détenus vers la salle commune de cette rangée et pour les empêcher de s'approcher de la barrière donnant accès au reste du bloc cellulaire. Izatt s'est rendu à l'extrémité de la rangée pour demander aux détenus qui s'y trouvaient de se rendre à la salle commune de la rangée pendant que la fouille des cellules serait effectuée. Une fois de plus, Izatt a dû appeler Jackson deux ou trois fois pour le réveiller. Sa cellule était à l'extrémité de la rangée. Après l'avoir réveillé, Izatt lui a demandé de se rendre à la salle commune parce que les agents allaient faire une fouille. Jackson s'est levé, a mis son veston, a quitté sa cellule et s'est dirigé vers Lubimiv, au bout de la rangée. Izatt a dit avoir remarqué que Jackson oscillait de gauche à droite, l'avoir vu heurter les poignées en saillie de quelques portes, mais avoir constaté ensuite que Jackson semblait avoir retrouvé son équilibre. Izatt a suivi Jackson, en vérifiant les autres cellules. Il a observé Jackson qui gesticulait et parlait d'une voix forte à Lubimiv, qui semblait lui ordonner d'aller à la salle commune.

g

Lubimiv, qui était resté au début de la rangée, a témoigné qu'il avait observé Jackson à la sortie de sa cellule. Quant celui-ci est arrivé près du début de la rangée, au lieu d'entrer dans la salle commune comme prévu, il a continué de franchir la courte distance qui le séparait de Lubimiv comme s'il entendait passer à côté de lui, mais il s'est arrêté juste en avant de Lubimiv. Prié de dire où il allait, Jackson a dit qu'il se rendait à la salle du comité, qu'il faisait partie du comité et qu'il devait assister à une réunion dont le début avait été fixé à 12 h 30. Lubimiv lui a dit qu'on faisait une fouille, qu'il ne pouvait pas aller tout de suite à la salle du comité, qui se trouvait en dehors de la rangée, et qu'il devait se rendre à la salle commune. Jackson

h

i

j

after they had discussed the matter briefly and in loud voices.

Apparently Izatt and Lubimiv discussed this incident and Izatt, then or earlier, mentioned his experience in having to waken Jackson about an hour earlier. Izatt then completed a SITREP, a situation report, on the later incident in the following terms:

Subject: (number) Incident Jackson

At 13:20 hours on the 29th April, 1987 I had cause to waken the above inmate in his cell and told him to go to the 1D common room. Jackson got out of bed and he looked very unstable, which I attributed to him being half asleep. However as time went on this [sic] became quite belligerent and indignant [sic] and just as unsteady on his feet, which leads me to believe that he was under the influence of an intoxicant "other than brew".

This report was signed by Izatt, the originator, as completed at 13:40 on 29 April 1987. Opposite the printed instruction at the bottom "Note: Forward to Chief Correctional Operations" appears a handwritten notation. In a copy of this report typed from the original handwritten report this notation is reproduced as "Jackson Required to be tested". In the original handwritten report that notation may be "Jackson Refused to be tested" and an initial is added which appears to be "J".

Izatt, in direct and cross-examination, testified that Jackson's unsteady walk from his cell, part of the conduct leading to the SITREP of April 29, was consistent with Jackson being half asleep or just waking up, and he was not aware that Jackson had been scheduled for an appointment on committee matters at 12:30. However, Izatt had completed another SITREP the previous evening reporting another inmate he had then believed to be under the influence of a behaviour altering substance other than "brew" and he had included in that report the names of four other inmates reported to him by another living unit officer as apparently in the same condition. While Jackson was not among those noted the previous evening and it is not clear that any of those named were from his living unit, Izatt had suspicions that drugs or other intoxicants were being consumed by inmates and it seemed to him that Jackson's bellig-

a obéi, mais seulement après qu'ils eurent discuté brièvement en parlant fort.

Apparemment Izatt et Lubimiv ont discuté de cet incident et Izatt, à ce moment-là ou un peu plus tôt, a mentionné le fait qu'il avait dû réveiller Jackson environ une heure auparavant. Izatt a alors rempli un rapport au sujet du dernier incident, dans les termes suivants:

b [TRADUCTION] Objet: (numéro) Incident Jackson

À 13 h 20 le 29 avril 1987, j'ai dû réveiller le détenu susmentionné dans sa cellule et je lui ai dit de se rendre à la salle commune 1D. Jackson s'est levé et il m'a paru vacillant; j'en ai déduit qu'il était à moitié endormi. Toutefois, à mesure que le temps passait, il est devenu assez belliqueux et indigné, et sa démarche était encore vacillante; ce qui me porte à croire qu'il était sous l'empire d'une substance hallucinogène «autre que de l'alcool de fabrication artisanale».

Ce rapport a été signé par Izatt, son auteur, à 13 h 40 le 29 avril 1987. Une note manuscrite figure vis-à-vis de l'indication suivante, imprimée au bas: «Remarque: faire parvenir au chef des opérations correctionnelles». Dans une copie dactylographiée de ce rapport manuscrit, cette note est reproduite comme suit: [TRADUCTION] «Jackson a reçu l'ordre de se soumettre à une analyse». Dans le rapport manuscrit, cette note est peut-être ainsi libellée: [TRADUCTION] «Jackson a refusé de se soumettre à une analyse» et une initiale a été ajoutée, qui semble être un «J».

Au cours de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire, Izatt a témoigné que la démarche vacillante de Jackson à la sortie de sa cellule, qui constitue un élément de son comportement qui a donné lieu au rapport d'incident du 29 avril, pouvait s'expliquer par le fait qu'il était à moitié endormi ou qu'il venait de se réveiller, et il a témoigné qu'il ignorait que Jackson avait une réunion de comité à 12 h 30. Toutefois, Izatt avait rempli un autre rapport d'incident le soir précédent, à propos d'un autre détenu qu'il avait cru sous l'effet d'une substance hallucinogène autre qu'un «alcool de fabrication artisanale», et il avait mentionné dans le rapport le nom de quatre autres détenus qui, selon ce que lui avait signalé un autre agent d'unité résidentielle, étaient apparemment dans le même état. Quoique Jackson n'eût pas été parmi ceux dont le cas avait été signalé le soir précédent et qu'il ne soit pas certain que l'un ou l'autre des détenus nommés appartienne à l'unité de Jackson, Izatt soupçonnait que des détenus

erence on April 29 was different from his more usual brusque, but not objectionable, mannerisms.

When the inmates including Jackson were secured in the common room Lubimiv telephoned to the Chief of Correctional Operations, J. Finucan. Lubimiv had received the previous day Izatt's SITREP about five inmates, not including Jackson, who appeared to be under the influence of intoxicants. He had also received on April 28 a SITREP from another officer reporting the latter's observations at 20:10 hours on April 25 of persons present in the committee room at or near range 1-D. That report named those identified including Jackson, acknowledged that it was not known what they were talking about, and it noted "several are suspected to be runners" and that the same inmates had been observed in the committee room on several occasions.

In his call to Finucan, Lubimiv reported the two situations of Izatt's interactions with Jackson on April 29, in both of which Jackson had seemed hostile and aggressive. Lubimiv believed that Jackson's desire to get to the committee room, which was accessible from outside the living range, was a response to the search. He asked that the committee room be searched, advised that a report would be completed about the incidents with Jackson and that he would recommend Jackson for urinalysis testing. Lubimiv testified at trial that it was his impression that Jackson had been "overly aggressive", and loud, that he was in an ugly mood "his reactions were inappropriate . . . especially so since somebody that knows within our institution, interactions with staff, that is not the appropriate way to deal with things".

Thereafter, the committee room was searched and nothing was there found. It was also confirmed that Jackson had indeed been late for a meeting which, as he had earlier claimed to Lubimiv, was to have started at 12:30. Jackson was then given a pass and permitted to go to the committee room.

consommaient des drogues ou d'autres substances hallucinogènes et il lui semblait que l'humeur belliqueuse de Jackson le 29 avril différait de ses manières habituelles, qui étaient brusques mais non répréhensibles.

Une fois que les détenus, dont Jackson, eurent été placés sous bonne garde dans la salle commune, Lubimiv a téléphoné à J. Finucan, chef des opérations correctionnelles. Lubimiv avait reçu la veille le rapport d'incident d'Izatt au sujet de cinq détenus, autres que Jackson, qui avaient semblé être sous l'effet de substances hallucinogènes. Il avait également reçu le 28 avril un rapport d'incident d'un autre agent qui avait fait les mêmes observations, à 20 h 10 le 25 avril, au sujet des personnes se trouvant dans la salle du comité de la rangée 1-D. L'auteur de ce rapport y donnait le nom des personnes identifiées, dont Jackson, reconnaissait que l'on ignore ce dont elles parlaient, et constatait que [TRADUCTION] «plusieurs sont soupçonnées d'être des passeurs» et que l'on avait remarqué la présence des mêmes détenus dans la salle du comité à différentes reprises.

Lors de sa conversation téléphonique avec Finucan, Lubimiv a rapporté les deux incidents survenus le 29 avril et observés par Izatt, au cours desquels Jackson avait semblé hostile et agressif. Lubimiv croyait que c'était en raison de la fouille que Jackson voulait se rendre à la salle du comité, à laquelle on avait accès de l'extérieur de la rangée de cellules. Il a demandé que la salle du comité soit fouillée et il a informé les intéressés qu'un rapport serait rédigé au sujet des incidents concernant Jackson et qu'il recommanderait que celui-ci soit soumis à une analyse d'urines. Lubimiv a témoigné au procès qu'il avait eu l'impression que Jackson avait été «trop agressif» et qu'il parlait fort, qu'il était d'une humeur massacrate, que [TRADUCTION] «ses réactions ont été intempestives . . . et que, surtout pour quelqu'un à qui sont familiers les rapports avec le personnel, ce n'est pas la façon convenable de réagir».

On a ensuite fouillé la salle du comité mais on n'y a rien trouvé. Il a également été confirmé que Jackson était de fait en retard à une réunion qui, comme il l'avait affirmé à Lubimiv, devait commencer à 12 h 30. On a ensuite remis un laissez-passer à Jackson et on lui a permis d'aller à la salle du comité.

Shortly before 15:45 hours that same afternoon Jackson was directed to report to the institution's hospital for urinalysis. On arrival he was ordered by officer Campbell to provide a urine sample. He declined and was given until 17:50 hours to report again to provide a urine sample. He was apparently cautioned by officer Campbell that failure to do so would result in possible disciplinary or administrative proceedings. At that time Jackson was given a document, a "Requirement to Provide a Urine Sample and Notification of Test Results". This included information that it was from J. Finucan (the Chief of Correctional Operations) to Jackson, directing the latter to report to the hospital to provide a urine sample for urinalysis in accord with the Commissioner's Directive, and advising on the form that "failure to comply with this order will result in disciplinary and/or administrative action". That form also indicates that it was delivered to Jackson at 15:46 hours by officer Campbell, that Campbell granted an extension to 17:50 hours and that after the extension the inmate failed to provide the urine sample. Officer Campbell's signature was entered for each step in the process in which he was involved. In accord with standing orders of the institution Campbell then completed an Inmate Offence Report and Notification of Charge, reporting Jackson's failure to provide a urine sample, after a two hour extension. Those responsible for considering that report charged Jackson under paragraph 39(a) of the Regulations, that he "disobeys or fails to obey a lawful order of a penitentiary officer". This led to the proceedings before the Disciplinary Tribunal and ultimately to the trial of this matter.

Jackson refused to provide a sample when ordered to do so because in his view it was contrary to his constitutional rights to order him to provide one, a position he maintained by written submission to the Disciplinary Tribunal and the basis of his action in this Court.

Peu avant 15 h 45 cet après-midi-là, Jackson a reçu l'ordre de se présenter à l'hôpital de l'établissement pour une analyse d'urines. À son arrivée, l'agent Campbell lui a donné l'ordre de fournir un échantillon d'urine, ce à quoi il s'est opposé. L'agent lui a ordonné de se présenter à nouveau à 17 h 50 pour fournir un échantillon d'urine. L'agent Campbell l'a apparemment averti que s'il ne se présentait pas, il s'exposerait à des mesures disciplinaires ou administratives. À ce moment-là, on lui a remis un document intitulé «Ordre de fournir un échantillon d'urine et avis des résultats de l'analyse». Selon ce document, l'ordre émanait de J. Finucan (chef des opérations correctionnelles) et était dirigé contre Jackson, à qui il était ordonné de se présenter à l'hôpital pour fournir un échantillon d'urine en vue d'une analyse, conformément à la directive du commissaire. Jackson y était également informé que [TRADUCTION] «s'il n'obéissait pas à cet ordre, des mesures disciplinaires ou administratives s'ensuivraient». On trouve encore dans cette formule les renseignements suivants: elle a été remise à Jackson par l'agent Campbell à 15 h 46, ce dernier lui a accordé un délai jusqu'à 17 h 50 et, une fois ce délai expiré, le détenu n'avait pas fourni d'échantillon d'urine. L'agent Campbell a apposé sa signature à l'égard de chacune des actions auxquelles il avait pris part. En conformité avec les ordres permanents de l'établissement, Campbell a ensuite rempli un Rapport de l'infraction d'un détenu et avis de l'accusation, dans lequel il relève le fait que Jackson n'a pas fourni d'échantillon d'urine, à l'expiration du délai de deux heures. Les personnes auxquelles ce rapport a été soumis ont inculpé Jackson de l'infraction prévue à l'alinéa 39a) du Règlement, savoir «désobéit ou omet d'obéir à un ordre légitime d'un fonctionnaire du pénitencier», d'où l'audience du tribunal disciplinaire et le procès qui nous occupe.

i

Jackson a refusé de fournir un échantillon quand on le lui a ordonné parce qu'à son avis, cet ordre était contraire à ses droits constitutionnels. C'est la position qu'il a défendue par écrit devant le tribunal disciplinaire et sur laquelle repose son action devant cette Cour.

Drugs in the Prison Setting: The Legislative Regime and its Application

The *Penitentiary Service Regulations*, enacted pursuant to the *Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5, section 37, provide in part:

39. Every inmate is guilty of a disciplinary offence who

(a) disobeys or fails to obey a lawful order of a penitentiary officer,

(i.1) consumes, absorbs, swallows, smokes, inhales, injects or otherwise uses an intoxicant,

41.1 (1) Where a member considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate, he may require that inmate to provide, as soon as possible, such a sample as is necessary to enable a technician to make a proper analysis of the inmate's urine using an approved instrument.

(2) In any hearing in relation to a contravention of paragraph 39(i.1), evidence that a sample of urine taken and analyzed in the manner referred to in subsection (1) contains an intoxicant establishes, in the absence of evidence to the contrary or in the absence of a reasonable explanation of the presence of the intoxicant, that the inmate who provided the sample has contravened paragraph 39(i.1).

(3) In this section,

(a) "approved instrument" means an instrument that is designed to make an analysis of a sample of urine and is approved by a directive; and

(b) "technician" means a person designated by the Commissioner to operate an approved instrument.

Paragraph 39(i.1) and the whole of section 41.1 were adopted in 1985 as was the following definition under section 2 (see SOR/85-412):

2. ...

"intoxicant" includes alcohol, a drug, a narcotic or any other substance that causes an hallucination, but does not include any authorized medication used in accordance with directions given by a member or a health care professional.

The *Penitentiary Act* and the Regulations have dealt with "contraband" in the prison setting under arrangements which antedate the 1985 regulatory changes to deal specifically with drugs. The provisions concerning contraband, it seems to me, are useful to bear in mind. The Act provides for forfeiture of contraband which is defined as "anything that is in an inmate's possession in circumstances in which possession thereof is forbidden by any Act, regulation or Commissioner's

L'usage des drogues en milieu carcéral: le régime législatif et son application

Le *Règlement sur le service des pénitenciers*, pris en vertu de la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), chap. P-5, article 37, contient les dispositions suivantes:

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

a) désobéit ou omet d'obéir à un ordre légitime d'un fonctionnaire du pénitencier;

i.1) consomme, absorbe, avale, fume, respire, s'injecte ou utilise de toute autre façon une substance hallucinogène;

41.1 (1) Un membre qui considère une telle mesure nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme d'un détenu peut exiger de ce dernier qu'il lui fournisse, dès que possible, un échantillon d'urine suffisant pour permettre à un technicien d'en faire l'analyse à l'aide d'un instrument approuvé.

(2) Dans une audition pour une infraction visée à l'alinéa 39i.1), la preuve qu'un échantillon d'urine obtenu et analysé conformément au paragraphe (1) contient une substance hallucinogène établit, en l'absence d'une preuve contraire ou d'une excuse raisonnable, que le détenu qui a fourni l'échantillon a contrevenu à l'alinéa 39i.1).

(3) Dans le présent article,

a) «instrument approuvé» désigne un instrument qui est destiné à servir à l'analyse d'un échantillon d'urine obtenu en application du présent article et qui est approuvé par directive;

b) «technicien» désigne une personne nommée par le Commissaire pour utiliser un instrument approuvé.

L'alinéa 39i.1) et l'article 41.1 ont été insérés en 1985 en même temps que la définition suivante, à l'article 2 (voir DORS/85-412):

2. ...

«substance hallucinogène» comprend l'alcool, une drogue, un stupéfiant ou toute autre substance qui produit des hallucinations, à l'exclusion d'un médicament dont l'usage est autorisé et qui est utilisé de la façon indiquée par un membre ou un responsable des soins de santé.

Déjà, avant les modifications apportées au Règlement en 1985 et visant expressément les drogues, la *Loi sur les pénitenciers* et le Règlement comportaient des dispositions traitant des «objets détenus illégalement» en milieu carcéral. Il me semble utile de tenir compte de ces dispositions. Aux termes de la Loi, les objets détenus illégalement sont confisqués et ce sont les «objets qu'un détenu a en sa possession en violation d'une interdiction édictée par une loi, un règlement, une

directive, or by an order of general or specific application within the penitentiary in which the inmate is imprisoned" (R.S.C., 1985, c. P-5, subsection 35(4)). The Regulations in turn define contraband as anything an inmate is not permitted to have in his possession, and under paragraphs 39(i) and (j) disciplinary offenses include having contraband in one's possession, and dealing in contraband with any other person. Directives and standing orders provide for those effects an inmate is entitled to have in his possession, including clothing and personal effects. In the result, anything not expressly authorized to be in an inmate's possession when found there is considered contraband, and that finding may lead to disciplinary proceedings, in addition to forfeiture.

The regulations authorizing mandatory urine sampling for testing purposes and providing for consequences of positive tests were adopted in 1985 after considerable study. Through Commissioner's Directives and institutional standing orders, the program as originally conceived and its subsequent evolution can be traced. The objectives of the program as originally conceived¹ were to detect the presence and deter the use of drugs and any other form of intoxicants, excluding authorized medication, to enhance the capability of providing a safe and secure environment for staff and inmates, and to afford inmates the opportunity for self-improvement and to objectively identify, define and institute appropriate treatment oriented programs. As the program was developed, plans were to include provision for testing a random selection of 10 percent of all inmates every two months as a key element for detection and deterrence of the use of intoxicants, for testing of inmates with a history of drug abuse either outside or inside the institution, or for testing where a staff member had reason to believe that an inmate was under the influence of an intoxicant. From the beginning it was contemplated that inmates who

¹ See Administrative Guidelines for the Urinalysis Program, (Correctional Service of Canada) Operational Security June 1985, and Appendix "A" Commissioner's Directive 800-.

instruction du commissaire ou une mesure d'application générale ou particulière au pénitencier où il est incarcéré» (L.R.C. (1985), chap. P-5, paragraphe 35(4)). Par ailleurs, d'après la définition du Règlement, c'est toute chose qu'un détenu n'est pas autorisé à avoir en sa possession; en outre, parmi les infractions à la discipline prévues à l'article 39, figurent, à l'alinéa i), le fait d'avoir de tels objets en sa possession, et à l'alinéa j), le fait de se livrer à la contrebande avec toute autre personne. On trouve dans les directives et les ordres permanents des dispositions relatives aux effets que les détenus ont le droit d'avoir en leur possession, y compris les vêtements et les effets personnels. En conséquence, toute chose qu'un détenu n'est pas autorisé expressément à avoir en sa possession est, lorsque la possession est ainsi constatée, considérée comme un objet détenu illégalement et il peut s'ensuivre une audience disciplinaire et la confiscation.

C'est en 1985, à la suite d'une étude approfondie, qu'a été pris le règlement autorisant le personnel à exiger qu'un échantillon d'urine soit fourni en vue d'une analyse, et précisant les conséquences d'un résultat positif. Il est possible de faire l'historique du programme, tel que conçu initialement ainsi que dans ses versions ultérieures, grâce aux directives des commissaires et aux ordres permanents des établissements. Les objectifs du programme initial¹ étaient les suivants: détecter la présence de drogues et d'autres substances hallucinogènes, à l'exclusion des médicaments dont l'usage est autorisé, et dissuader les détenus d'en faire usage; faire en sorte que l'on puisse mieux assurer un environnement sûr et sans risque pour le personnel et les détenus; donner aux détenus la possibilité de s'amender; définir et établir objectivement des programmes adéquats axés sur le traitement. Le régime prévu devait s'appliquer à trois catégories de détenus: à titre de mesure indispensable de détection et de dissuasion touchant l'usage de substances hallucinogènes, dix pour cent de tous les détenus devaient être choisis au hasard tous les deux mois et soumis à une analyse; les détenus qui avaient fait un abus de drogues à l'extérieur ou à

¹ Voir lignes directrices administratives pour le programme d'analyse d'urines (Service correctionnel du Canada), Sécurité opérationnelle, juin 1985 et annexe «A», directive du commissaire 800-.

tested positive for the presence of intoxicants in a urine sample would be charged with a disciplinary offence (under paragraph 39(i.1)). Anyone refusing to provide a sample of urine within two hours of a request to do so would be charged with refusal to comply with a direct order under paragraph 39(a) and standing orders at Joyceville authorizing the urinalysis program there have so provided from the time it was initiated. Those orders have also provided that failure to provide a requested urine specimen shall be treated, I assume for purposes of penalty upon conviction, "in a manner identical to a positive test result". In addition to penalties arising from conviction of disciplinary offenses, the Director was to have authority to impose administrative sanctions, including denial or deferral of individual or group temporary absence privileges, or of family or other visits, or the inmate's involvement in social-cultural program activities. These arrangements for penalties upon conviction have continued in place.

Initially it was planned that the program for urinalysis surveillance would be introduced by standing orders at two institutions in the fall of 1985, Joyceville in Ontario and Cowansville in Quebec, with a view to using these for pilot programs that might then be adapted to other institutions. Before arrangements were completed to do so at Cowansville, inmates there initiated action in the Quebec Superior Court to contest the constitutional validity of paragraph 39(i.1) and section 41.1 of the Regulations in light of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Correctional Service of Canada apparently agreed not to implement the program in the Quebec region pending the outcome of that action. As noted earlier, in *Dion c. Procureur général du Canada*, *supra*, Mr. Justice Galipeau, by decision rendered August 14, 1986 granted the relief sought and declared the regulations in question were null and

l'intérieur de l'établissement devaient être soumis aux analyses; les détenus au sujet desquels le personnel avait des raisons de croire qu'ils étaient sous l'effet d'une substance hallucinogène devaient être soumis aux analyses. Dès le début, on avait prévu que dans le cas où l'analyse révélerait la présence de substances hallucinogènes, les détenus seraient inculpés d'une infraction à la discipline (prévue à l'alinéa 39i.1) du Règlement). Quiconque refuserait de fournir un échantillon d'urine dans les deux heures suivant la demande à cet effet serait accusé d'avoir désobéi à un ordre direct, en contravention de l'alinéa 39a) du Règlement; de plus, les ordres permanents en vigueur à Joyceville, dont découle le programme d'analyse d'urines en cause, ont prévu cette sanction dès son instauration. En outre, selon le texte de ces ordres, le fait de ne pas fournir d'échantillon d'urine malgré un ordre reçu devait être considéré (pour la détermination de la peine, je présume) [TRADUCTION] «de la même manière qu'un résultat positif». En plus des sanctions frappant les détenus reconnus coupables d'infraction à la discipline, le directeur devait avoir le pouvoir d'imposer des sanctions administratives, y compris la privation ou le report de privilèges individuels ou collectifs touchant l'absence temporaire, ou de la visite d'un membre de la famille ou d'autres personnes, ou encore de la participation à des activités socio-culturelles. Ces dispositions relatives aux sanctions en cas de déclaration de culpabilité sont toujours en vigueur.

On avait prévu à l'origine que le programme de surveillance au moyen d'analyses d'urines serait instauré, à l'automne 1985, en vertu d'ordres permanents dans deux établissements, soit celui de Joyceville en Ontario et celui de Cowansville au Québec; il y aurait donc deux projets pilotes, qui pourraient ensuite être adaptés pour d'autres établissements. Avant que les arrangements aient pu être pris à cette fin à Cowansville, des détenus de cet établissement ont engagé une action devant la Cour supérieure du Québec pour contester la constitutionnalité de l'alinéa 39i.1) et de l'article 41.1 du Règlement au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le Service correctionnel du Canada a apparemment accepté de ne pas mettre le programme en œuvre dans la région du Québec en attendant l'issue de cette action. Comme nous l'avons déjà vu, le juge Galipeau, dans l'affaire *Dion c. Procureur général du Canada*, précitée, le

of no force and effect since in his judgment they violated section 7 of the Charter and were not saved by section 1.

I understand that the *Dion* decision has been appealed but the appeal has not yet been heard. In defending this action initiated by Jackson counsel for the Attorney General of Canada seeks to ensure that evidence be fully considered, including sociological evidence, important in his view in assessing the constitutional issues. Counsel suggests such evidence was not submitted to Mr. Justice Galipeau in *Dion*.

Yet from his decision it appears that Galipeau J. considered some evidence of this sort, intended apparently to support the same purposes of the Regulations as are urged here by counsel, though evidence in that case may have been more directly related to the situation then prevailing at Cowansville. In the translation of the decision (at 30 C.C.C. (3d) pages 118-119)

The evidence is to the effect that in the Cowansville Penitentiary, the consumption of intoxicants, in particular drugs, is very widespread. Its consequences are disastrous—the life, security, and the property of users are in danger as well as those of their fellow inmates, the guards, and the penitentiary authorities.

Experience has shown that serious breaches of discipline, which are generally translated into assaults, brawls, thefts, refusals to obey orders, misconduct, blackmail, threats against inmates, or on the outside, against family or friends of inmates with a view to forcing them to traffic in drugs.

The defendant has the right and the duty to intervene by means of his laws and regulations in order to check this scourge. The most convenient means presently available to detect the presence of intoxicants in a user, is by means of an analysis of a sample of his urine. This measure, in addition to fulfilling its principal function, has a solid dissuasive effect.

Undoubtedly, the excessive consumption of drugs and the disastrous consequences that it leads to, constitute a growing problem in our society.

One of the Regulations, section 41.1, was considered in *Dion*. In this case the issues arise from the application of that regulation and from application of standing orders applicable in the case of an inmate who failed to obey an order, a requirement under section 41.1. That factual basis

14 août 1986, a accordé la réparation demandée et a déclaré les dispositions réglementaires en question nulles et inopérantes, parce qu'à son avis, elles violaient l'article 7 de la Charte et ne constituaient pas une exception visée par l'article premier.

À ce que je sache, la décision *Dion* a été portée en appel mais la juridiction d'appel ne l'a pas encore entendue. Dans sa défense, en l'espèce, l'avocat du procureur général du Canada souhaite que toute la preuve soit examinée, y compris la preuve de nature sociologique, qu'il importe de prendre en considération, d'après lui, dans l'appréciation des questions constitutionnelles. Selon l'argument de l'avocat, le juge Galipeau dans l'affaire *Dion* n'a pas eu à étudier cette preuve.

Pourtant, il ressort de la décision du juge Galipeau qu'il a tenu compte d'éléments de preuve de cet ordre, dont le but était apparemment de montrer, comme l'a fait l'avocat en l'espèce, quels objectifs visait le Règlement, bien que dans cette affaire-là, la preuve se rapportait peut-être plus directement à la situation existant à Cowansville. Voici un extrait de cette décision ([1986] R.J.Q. 2196, à la page 2203:

La preuve est à l'effet que, dans la prison de Cowansville, la consommation d'hallucinogènes, plus particulièrement de drogues, est très répandue; ses conséquences sont désastreuses: la vie, la sécurité et les biens des utilisateurs sont en danger de même que ceux de leurs codétenus, des gardiens et des autorités de l'institution.

L'expérience a démontré que sont reliés directement ou indirectement à la consommation ou à la surconsommation d'hallucinogènes de graves manquements à la discipline qui se traduisent généralement par des assaults, des rixes, des vols, des refus d'obéir aux ordres, des inconduites, du chantage, des menaces entre codétenus ou entre détenus et parents ou amis de l'extérieur qu'ils forcent à faire le trafic de drogues.

Le défendeur a le droit et le devoir d'intervenir par ses lois et règlements pour que ce fléau soit enrayé; le moyen le plus commode, à l'heure actuelle, pour déceler la présence d'hallucinogènes chez un consommateur, consiste à faire l'analyse d'un échantillon de son urine. Cette mesure, en plus de remplir sa fonction principale, emporte avec elle un solide effet préventif.

Il n'y a donc aucun doute que la surconsommation de drogues et les conséquences désastreuses qu'elle entraîne constituent un problème d'envergure dans notre société.

L'un des articles du Règlement, soit l'article 41.1, a été examiné dans l'affaire *Dion*. En l'espèce, les questions litigieuses portent sur l'application de cette disposition et sur l'application des ordres permanents qui touchent un détenu qui a omis d'obéir à un ordre, donné conformément à

was absent in *Dion* where a declaration was sought before the regulation was applied. Here the issue of constitutionality of section 41.1 is directly raised by the plaintiff Jackson's defence before the Disciplinary Tribunal, that he declined to provide a sample of urine when ordered to do so because the order, and section 41.1 under which it was given, were unlawful.

Additional facts clarifying the application of the Regulations in this case were provided by evidence of Mr. R. P. Harvey, Director of Custody and Control, Correctional Service of Canada. In his current and previous senior responsibilities within the Service he had major responsibility for development and introduction of the urinalysis program. His evidence indicates that it was decided, despite legal action initiated by inmates at Cowansville, to proceed with implementation of the planned pilot program at Joyceville. It was initiated in November 1985 with certain modifications from original plans. No provision was made for random sampling on a regular or any other basis, a key element of the original plan, pending resolution of uncertainties arising from the action initiated in the Quebec Superior Court and because it was not considered economically viable to proceed with that aspect of the program in only one institution. Notification in advance of introduction of the program was provided in writing by the Warden to staff and inmates at Joyceville, a practice followed on subsequent occasions when major modifications were planned. Thus, for example, they were advised in advance that testing would be done initially for only two substances, cocaine and heroin, and later advice gave notice of the dates on which additional substance testing would be added for cannabis, methaqualone (speed), phencyclidine (PCP), benzodiazepine (tranquillizers), alcohol and methadone. As the tests were introduced notice was given that evidence of positive tests would not be admissible in disciplinary proceedings for the first four months, though administrative sanctions might be applied, and from the beginning refusal to provide a sample within two hours when ordered to do so was subject to disciplinary proceedings under paragraph

l'article 41.1. Dans l'affaire *Dion*, la décision ne portait pas sur des faits mais le tribunal était appelé à prononcer un jugement déclaratoire avant que le règlement n'ait été appliqué. Dans la présente instance, c'est le moyen de défense invoqué par le demandeur Jackson devant le tribunal disciplinaire qui met en jeu la question de la constitutionnalité de l'article 41.1: c'est-à-dire qu'il a refusé de fournir un échantillon d'urine, en dépit de l'ordre reçu, parce que cet ordre, ainsi que l'article 41.1 du Règlement en vertu duquel il avait été donné, étaient illégaux.

Le témoignage de M. R. P. Harvey, directeur, Garde et contrôle, Service correctionnel du Canada, a apporté d'autres faits qui nous éclairent sur l'application du Règlement. Dans l'exercice de ses importantes fonctions actuelles et passées au sein du Service, il a joué un rôle primordial à l'égard de l'élaboration et de l'instauration du programme d'analyse d'urines. Son témoignage montre que l'on avait décidé, malgré l'action en justice engagée par les détenus de Cowansville, de mettre en œuvre à Joyceville le programme pilote prévu. Il est entré en vigueur en novembre 1985, avec certaines modifications. Il n'y a pas été question d'échantillonnage au hasard, à intervalles réguliers ou autrement—élément essentiel du projet initial—étant donné les incertitudes découlant de l'action intentée devant la Cour supérieure du Québec et, en outre, parce que l'on n'a pas estimé rentable d'appliquer cette partie du programme dans un seul établissement. Le directeur avait notifié d'avance au personnel et aux détenus de Joyceville l'instauration du programme, de même que les modifications d'importance apportées à celui-ci par la suite. Par exemple, ils ont été avisés d'avance que seulement deux substances, soit la cocaïne et l'héroïne, feraient d'abord l'objet d'analyses, puis ils ont été informés de la date à laquelle d'autres substances s'ajouteraient à la liste: cannabis, méthaqualone (speed), phencyclidine (PCP), benzodiazépine (tranquillisants), alcool et méthadone. Quand les analyses ont commencé, on les a informés que la preuve de résultats positifs ne serait pas recevable dans le cadre d'audiences disciplinaires pendant les quatre premiers mois, bien que des sanctions administratives puissent être prises, et que, dès le début, le refus de fournir un échantillon dans les deux heures suivant l'ordre reçu à cet effet, pouvait donner lieu à des

39(a), with penalties similar to cases where tests were positive.

Inmate selection for testing was initially notified in terms similar to section 41.1, that is

When a staff member considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate, he may require that inmate to provide, as soon as possible, such a sample as is necessary to enable a technician to make a proper analysis of the inmate's urine.²

Examples of inmates who may be tested were listed as inmates suspected to be under the influence, those convicted in disciplinary court on charges of possession, trafficking and/or consumption of intoxicants, and those involved at any stage in a pre-release program, visiting or similar program where intoxicants had played a role in their criminal offence or any period of their incarceration. In a later Standing Order (No. 572 of 87-08-04) inmate selection for testing was modified for those considered to be under the influence, to provide that where a staff member considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant he submits a report which is to be reviewed at a daily meeting of living unit supervisors and security staff, and the Chief, Correctional Operations then decides whether urinalysis is appropriate. If so, the urinalysis technician advises the inmate of the requirement to provide a sample to enable a proper analysis. While it is not clear that the latter provision was formally in place in April 1987 when Jackson was directed to provide a sample of urine for testing, Harvey indicated that the same or a similar process prevailed in Jackson's case. Thus the decision was made by officer Finucan, the Chief of Correctional Operations on duty, to require a sample for

audiences disciplinaires en conformité avec l'alinéa 39a), les contrevenants étant passibles des mêmes peines qu'en cas de résultats positifs.

a Le mode de sélection des détenus devant être soumis à des analyses a été annoncé au début dans des termes semblables au texte de l'article 41.1, c'est-à-dire

b [TRADUCTION] Un membre qui considère une telle mesure nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme d'un détenu peut exiger de ce dernier qu'il lui fournisse, dès que possible, un échantillon d'urine suffisant pour permettre à un technicien d'en faire l'analyse².

c Parmi les détenus susceptibles d'être soumis à des analyses, on comptait ceux qui étaient soupçonnés d'avoir consommé de telles substances, ceux qui avaient été déclarés coupables par un tribunal disciplinaire d'infractions consistant dans la possession, le trafic ou la consommation de substances hallucinogènes, et ceux qui prenaient part à un programme prélibératoire, à un programme de visites ou à un programme de cette nature, peu importe l'étape où ils en étaient, si l'infraction criminelle qui leur avait été reprochée concernait d e telles substances ou si une partie de la peine qu'ils purgeaient s'y rapportait. Plus tard, le mode de sélection des détenus a été modifié par un nouvel ordre permanent (n° 572, 87-08-04), relativement aux détenus que l'on croyait être sous f l'effet de telles substances, dans les termes qui suivent: un membre du personnel qui estime nécessaire d'exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urine suffisant pour pouvoir déceler la présence d'une substance hallucinogène doit présenter un rapport que les surveillants d'unité résidentielle et le personnel chargé de la sécurité g devront examiner au cours de leur réunion quotidienne, avant que le chef, Opérations correctionnelles, ne décide de l'opportunité d'une analyse h d'urines. Si la réponse de ce dernier est affirmative, le technicien chargé de l'analyse d'urines avisera le détenu qu'il a l'obligation de fournir un échantillon suffisant pour permettre qu'une analyse en soit faite. Quoiqu'il ne soit pas clair que i cette dernière disposition ait été officiellement en vigueur en avril 1987, au moment où Jackson a reçu l'ordre de fournir un échantillon d'urine en vue d'une analyse, Harvey a dit que l'on avait procédé de la même manière dans le cas de Jack-

² Memorandum, 1985-11-12 from Warden (R. Gobeil) to All Staff, Inmate Population, p. 1, para. 1.b.

² Note de service, 1985-11-12, du directeur (R. Gobeil) à tout le personnel, aux détenus, p. 1, al. 1.b.

testing after completion of the written SITREP by Izatt and the oral report of Lubimiv.

Perhaps one other detail, one that concerned Jackson, is of note here. While standing orders at Joyceville provided for collection of the sample under direct or indirect observation, Harvey indicated that at Joyceville the hospital facilities, to which most inmates including Jackson, were directed to provide a sample, did not readily permit anything but direct observation in voiding of urine when a sample was required. In these circumstances the standing order did provide that only staff of the same sex as the inmate providing the sample shall supervise the voiding of that urine sample.

At the time of the trial of this matter, in March 1989, Joyceville was the only institution in which the urinalysis program had been introduced on a regular continuing basis. It had trained and qualified staff with "approved instruments" for testing. It has also served to provide analysis of samples for testing from inmates of some neighbouring institutions in the Kingston area, apparently on a demand or request basis without fully developed programs for testing inmates of those institutions on a scale comparable to that introduced at Joyceville.

Drugs in the Prison Setting: The Sociological Background

Evidence was introduced in the trial of this matter relating to perceptions of the impact of compulsory urinalysis, to violence in the prison setting, to the relationship of drugs to violence, to living conditions and supervision arrangements within the penitentiary system, and also about the testing arrangements including technical aspects of testing which were introduced at Joyceville and about comparable conditions, arrangements and experience within the federal penal system in the United States. This was intended to assist in resolution of the constitutional issues raised in this

son, ou d'une manière analogue. C'est donc l'agent Finucan, chef des opérations correctionnelles de service, qui a pris la décision d'exiger la remise d'un échantillon en vue d'une analyse, après qu'Izatt eut rempli le rapport d'incident et que Lubimiv eut fait rapport de vive voix.

Il convient peut-être de signaler un autre détail, touchant Jackson. Bien qu'aux termes des ordres permanents de Joyceville, l'échantillon eût pu être fourni sous surveillance directe ou indirecte, Harvey a dit que l'hôpital de cet établissement, auquel la plupart des détenus, dont Jackson, avaient l'ordre de se rendre pour fournir un échantillon, n'était pas équipé pour qu'on puisse facilement fournir autrement que sous surveillance directe l'échantillon d'urine exigé. Vu ces circonstances, l'ordre permanent portait que seulement les membres du personnel du même sexe que le détenu dont l'échantillon était exigé devaient surveiller le détenu qui le fournissait.

À la date du procès dans l'affaire qui nous occupe, soit en mars 1989, Joyceville était le seul établissement où le programme d'analyse d'urines avait été mis sur pied et appliqué de manière régulière et continue. Le personnel avait été formé et était qualifié pour utiliser les «instruments approuvés» servant à l'analyse, dont l'établissement disposait. Celui-ci faisait également l'analyse d'échantillons de détenus d'autres établissements voisins de la région de Kingston, qui en avaient apparemment fait la demande et dans lesquels des programmes d'analyse d'urines aussi complets que celui de Joyceville n'avaient pas été établis.

L'usage des drogues en milieu carcéral: le contexte sociologique

Au cours de l'instruction, les parties ont présenté des éléments de preuve portant sur les perceptions de l'impact de l'analyse obligatoire d'urines, la violence en milieu carcéral, le lien entre la drogue et la violence, les conditions de vie et les modalités de contrôle au sein du système pénitentiaire, les modalités d'analyse, y compris les aspects techniques du programme d'analyse introduit à Joyceville, et les conditions, modalités et expériences comparables dans le système pénitentiaire fédéral des États-Unis. Ces éléments de preuve visaient à aider la Cour à trancher les

matter by putting into full context the system of testing adopted, the reasons for it and comparable arrangements and experience in other jurisdictions.

An important aspect of the background of this case, from the perspective of Jackson, arises from his perceptions of the system of testing and his concerns about it. In his view the system of testing, requiring a urine sample when ordered to do so, or failing that being liable to disciplinary or administrative punishments, was unfair. On its face the regulation made inmates subject to the whim of any officer whether the latter had any special training or not and whether or not the officer had any reason to believe the inmate was under the influence of an intoxicant. In his own case, he believed he was ordered to provide a sample of urine for testing because he had recently become chairperson of the inmate committee and had made known his objective of making the committee more responsive to inmates' concerns than it had previously been. He considered that he had been "set up", "to slow me down, slow the committee down", as he expressed it in cross-examination. The process was unfair because the officer who suspected an inmate of being under the influence did not himself speak to the inmate to make any inquiry; rather he filed a report and someone else ordered the inmate, for reasons the inmate was not informed about, to provide a sample of urine.

As instituted at Joyceville, the program in Jackson's view was unfair to those who refused to provide samples when ordered to do so as a condition of participation in pre-release or visiting or other social programs. He suggested that the institution required a urine sample before and after participating in such program with threatened loss or postponement of opportunity to participate unless consent were given and a sample provided for testing. In the result more inmates were spending more time within the institution with less access to pre-release and visiting programs.

questions constitutionnelles soulevées en l'espèce en situant dans leur contexte global le programme d'analyse adopté, les raisons sous-jacentes et les modalités et expériences comparables dans d'autres pays.

Pour Jackson, la perception qu'il a du programme d'analyse et les craintes que celui-ci lui inspire constituent un aspect important du contexte de la présente affaire. À son avis, le programme d'analyse était injuste puisqu'il obligeait un détenu à donner un échantillon d'urine sur demande, sous peine de sanctions disciplinaires ou administratives. Manifestement, le règlement exposait les détenus aux caprices de tout fonctionnaire, peu importe que celui-ci ait reçu une formation spéciale et qu'il ait quelque raison de croire que le détenu était sous l'effet d'une substance hallucinogène. Dans son cas, il estimait avoir reçu l'ordre de fournir un échantillon d'urine en vue d'une analyse parce qu'il venait d'être nommé président du comité des détenus et qu'il avait manifesté clairement sa volonté de voir le comité répondre mieux qu'auparavant aux préoccupations des détenus. Il estimait avoir été [TRADUCTION] «désigné», «pour me ralentir, pour ralentir le comité», comme il l'a déclaré au cours du contre-interrogatoire. Le programme était injuste puisque le fonctionnaire qui croyait qu'un détenu était sous l'effet d'une substance hallucinogène ne s'adressait pas au détenu pour procéder à une enquête; il produisait plutôt un rapport et c'est quelqu'un d'autre qui ordonnait au détenu, pour des motifs inconnus de ce dernier, de fournir un échantillon d'urine.

De l'avis de Jackson, le programme appliqué à Joyceville était injuste pour ceux qui refusaient de fournir des échantillons lorsqu'ils en recevaient l'ordre comme condition de participation à des programmes prélibératoires, de visites ou visant d'autres activités sociales. Il a prétendu que l'établissement exigeait la prise d'urines avant et après la participation à de tels programmes, avec menace de perte ou de report de l'occasion de participer en cas de défaut de consentement et de prise d'échantillons à des fins d'analyse. Par conséquent, un plus grand nombre de détenus demeureraient plus longtemps dans l'établissement et avaient un accès plus limité aux programmes prélibératoires et de visites.

Finally, Jackson's view was that it simply was not right that inmates be required to provide a sample of urine under observation when ordered to do so. He considered it "degrading". The program in his view worked against the objective of restoring an inmate to a position where he could adjust to responsibilities in the world outside the prison. At least one of the witnesses for the defendants, present throughout Jackson's brief testimony, indicated some surprise at this reaction for his experience was that generally within the living ranges of prison institutions inmates paid little attention to standards of privacy, and there was considerable nudity evident in relation to dressing, showering, washing and even in relation to use of toilet facilities. I note only that there may be a considerable difference in a psychological sense between a situation where the individual by choice or his own neglect shows little concern for privacy and a situation where he is directed to provide a urine sample before another person, at risk of punishment if he fails to do so.

Dr. James Vantour gave evidence as an expert witness for the defendants. He is a sociologist with a doctor's degree in criminology and substantial background in teaching and research. He had been a consultant to the Correctional Service of Canada on a number of occasions before his appointment in 1987 as Advisor to the Commissioner and Deputy Commissioner of the Service. On the basis of research and studies he had completed or which were known to him he provided opinion about violence as a continuing and significant aspect of life within the prison system. While there are a variety of causal factors, violence tends to be greater in maximum security institutions than in medium institutions and greater in the latter than in minimum security institutions mainly because of the backgrounds of the inmate population in each of these levels. According to his testimony, in 1988 more than 75% of those in maximum institutions, 60% of those in medium institutions and just under 50% of those in minimum security institutions had been admitted for crimes of violence. This accounted for nearly 62% of all inmates in federal institutions whose latest crimes leading to incarceration were crimes of violence. The higher levels of security, reflecting the level of general tendencies to violence of the inmates, provide more

Jackson estimait enfin qu'il n'est tout simplement pas juste que les détenus soient obligés de fournir un échantillon d'urine sous observation lorsque demande leur en est faite. Il y voyait une activité [TRADUCTION] «dégradante». À son avis, le programme allait à l'encontre de l'objectif de réinsertion visant à permettre aux détenus de s'ajuster aux responsabilités du monde extérieur. Au moins un des témoins des défendeurs, présent durant la brève déposition de Jackson, a manifesté une certaine surprise à l'égard de cette réaction; d'après son expérience, les détenus en milieu carcéral portent habituellement peu d'attention aux aspects de la vie privée, et se montrent très souvent dans un état de nudité quelconque lorsqu'ils s'habillent, se douchent, se lavent et vont aux toilettes. Je note seulement qu'il peut y avoir une différence importante, sur le plan psychologique, entre la situation où, par choix ou par négligence, quelqu'un se préoccupe peu de sa vie privée, et la situation où on lui demande de fournir un échantillon d'urine, devant une autre personne, sous peine de sanction.

M. James Vantour a déposé comme témoin expert des défendeurs. Sociologue, il détient un doctorat en criminologie et il a une grande expérience de l'enseignement et de la recherche. Ses services d'expert-conseil ont été retenus à bon nombre d'occasions par le Service correctionnel du Canada avant sa nomination comme conseiller du commissaire et du sous-commissaire du Service en 1987. En se fondant sur les recherches et les études qu'il a effectuées ou dont il a pris connaissance, il a donné son opinion sur la violence comme facette permanente et importante du milieu carcéral. Même si plusieurs facteurs peuvent en être la cause, il n'en demeure pas moins que la violence est habituellement plus élevée dans les établissements à sécurité maximale que dans les établissements à sécurité moyenne, et plus élevée dans ces derniers établissements que dans les établissements à sécurité minimale, en raison surtout des antécédents de la population carcérale propre à chacun de ces niveaux. Au dire de l'expert, en 1988, plus de 75 % des détenus dans les établissements à sécurité maximale, 60 % des détenus dans les établissements à sécurité moyenne et un peu moins de 50 % des détenus dans les établissements à sécurité minimale avaient été incarcérés pour des crimes violents. Ainsi, près de 62 % de tous les détenus

intensive surveillance and less inmate freedom within the institution and in relation to contacts with the outside world.

In Dr. Vantour's opinion the risk of violence has increased in recent years, with more frequent and more serious incidents of violence inside the prison system, and more frequent resort by inmates to weapons. The risk of violence appears greater particularly between inmates. While supervised, they have to depend in the main upon their own resources for their safety and security within the penitentiary society. It is often difficult for staff or other inmates to intervene when conflict occurs.

The prison society is now much more open to contacts, than was once the case, both between inmates and between inmates and their families or friends from outside. Programs facilitating this are designed to equip inmates to return with responsibility to supportive family and friends when their sentence is served. According to Dr. Vantour one aspect of these changes is that there are special pressures on inmates, particularly in relation to carrying, use and distribution of contraband, mainly drugs of various kinds, that can be moved in small quantities at a time. He testified about the drug related "market place" within the institutional setting and the pressures this creates from those who seek to control the market or those involved with it, whether by their own choice or under pressure. A recent Service study suggests that as many as 20 to 33% of inmates in protective custody are now there at their own request because of drug related problems.

As another example of the relationship between drugs and violence, Dr. Vantour referred to a 1984 report by Dr. Robert M. MacMillan, Regional Coroner, Kingston to the Chief Coroner for Ontario, and to a study Vantour himself had directed for the Correctional Service of Canada. Both studies were concerned with circumstances surrounding nearly a dozen homicides in Kingston

dans des établissements fédéraux ont été incarcérés pour des crimes violents. Les niveaux de sécurité plus élevés, correspondant aux niveaux de propension générale à la violence des détenus, prévoient plus de surveillance et moins de liberté pour les détenus tant à l'intérieur de l'établissement que dans les contacts avec le monde extérieur.

De l'avis de M. Vantour, le risque de violence s'est accru au cours des dernières années; les incidents violents en milieu carcéral sont plus fréquents et plus graves, et les détenus recourent plus souvent à des armes. Le risque de violence semble plus élevé particulièrement parmi les détenus. Même sous surveillance, chaque détenu doit généralement mettre toutes ses ressources personnelles à profit pour assurer sa sécurité en milieu carcéral. Il est souvent difficile pour les membres du personnel ou pour d'autres détenus d'intervenir lorsque surgit un conflit.

La société carcérale offre aujourd'hui aux détenus davantage d'occasions d'établir des contacts, entre eux comme avec leur famille ou leurs amis de l'extérieur. Les programmes qui facilitent cette ouverture visent à préparer les détenus à vivre de façon responsable avec une famille et des amis qui pourront les soutenir une fois leur peine purgée. Selon M. Vantour, ces modifications ont notamment eu pour effet de créer de nouvelles pressions sur les détenus, en particulier en ce qui a trait au transport, à l'utilisation et à la distribution d'objets interdits, surtout des drogues de toutes sortes, qui ne peuvent être transportés qu'en petites quantités. Il a fait état du «marché» de la drogue en milieu carcéral et des pressions imposées par ce phénomène aux détenus qui veulent contrôler le marché ou qui y sont impliqués, de gré ou de force. Une étude récente du Service révèle que de 20 % à 33 % des détenus en isolement protecteur s'y trouvent à leur demande, en raison de problèmes liés à la drogue.

Afin d'illustrer par un autre exemple le lien entre les drogues et la violence, M. Vantour a mentionné un rapport présenté en 1984 par le Dr Robert M. MacMillan, coroner régional de Kingston, au coroner en chef de l'Ontario, de même qu'une étude effectuée par M. Vantour lui-même pour le Service correctionnel du Canada. Les deux études portaient sur les circonstances

area institutions from late 1982 to early 1984. In both studies drugs were regarded as having had a significant role. MacMillan's report emphasized that drugs were evident in the victims or were involved in the homicides in a majority of the cases examined and Vantour's study was concerned with the adverse effects of the institutional market place for drugs. In a later study related to contraband, staff of the Service included information that of 181 major incidents of violence in 1985 and 1986 contraband drugs were demonstrated to have played a role in precipitating 106, or 58% of the incidents reported.

It is Dr. Vantour's opinion that institutional control of drugs within the prison setting would contribute to reduction of the risks and levels of violence and would facilitate and encourage programs to assist inmates to avoid continuing involvement with drugs. He did not profess to be an expert on urinalysis testing but he does believe that an appropriate program, not limited to circumstances where staff has a reason to believe an inmate is under the influence of an intoxicant, probably a program including random testing, would improve institutional control of drugs, lead to lessening of the oppressive nature of the institutions and to reduction of the risks of violence.

In addition to evidence about the testing program at Joyceville, Harvey testified about the evolution of programs generally and the arrangements for surveillance and life in federal penitentiaries in Canada. He described in a general way the differences between institutions by security level in the system. The higher the security level, the higher the staff to inmate ratio, the greater the surveillance, the lesser freedom of movement for inmates within the institution, and the more regular are the searches of inmates by metal detectors, pat down or frisk searching and nude or skin searching. Institutions with lower security classifications tend to have a wider range of programs for internal activities and contacts with the world outside the institution. Trades training and educational programs are offered, activities program-

entourant une douzaine d'homicides dans les établissements de la région de Kingston entre la fin de 1982 et le début de 1984. Selon les conclusions des deux études, les drogues avaient joué un rôle important dans ces cas. Le rapport de MacMillan a souligné la présence évidente de drogues chez les victimes ou l'influence de la drogue dans les homicides dans la majorité des cas étudiés; l'étude de Vantour portait sur les effets négatifs du marché de la drogue en milieu carcéral. Dans une étude subséquente sur les objets interdits, les fonctionnaires du Service ont relevé que des drogues interdites avaient manifestement joué un rôle de déclencheur dans 106 des 181 incidents majeurs de violence survenus en 1985 et en 1986, ce qui représente 58 % des incidents rapportés.

M. Vantour estime que le contrôle institutionnel des drogues en milieu carcéral entraînerait une réduction des risques et des niveaux de violence et faciliterait l'application de programmes visant à aider les détenus à renoncer définitivement à l'usage de drogues. Sans prétendre être un expert des questions d'analyse d'urines, il croit toutefois qu'un programme approprié, qui ne se limiterait pas aux seules circonstances où des fonctionnaires ont une raison de croire qu'un détenu est sous l'effet d'une substance hallucinogène, mais qui prévoirait probablement des analyses au hasard, améliorerait le contrôle institutionnel des drogues, et entraînerait une diminution de la nature oppressive des établissements de même qu'une réduction des risques de violence.

Outre sa déposition sur le programme d'analyse mis en œuvre à Joyceville, Harvey a décrit l'évolution des programmes en général de même que les modalités de surveillance et la vie dans les pénitenciers fédéraux du Canada. Il a décrit de façon générale les différences entre les établissements selon les divers niveaux de sécurité établis. Le niveau de sécurité est directement proportionnel au ratio agents-détenus; plus il y a de surveillance, moins il y a de liberté de mouvement des détenus à l'intérieur de l'établissement, et plus il y a de fouilles régulières des détenus, notamment des fouilles à l'aide de détecteurs à métal et des fouilles à corps nu. Les établissements ayant une cote de sécurité moins élevée ont habituellement une plus vaste gamme de programmes d'activités internes et de contacts avec le monde extérieur. Des

ming has been established, a range of visiting programs now exists, and in lower security institutions particularly, pre-release programs are available for those considered to be qualified for escorted or unescorted temporary absence or for day parole.

With the expansion of programs especially for greater contacts within the prison setting among inmates and between them and the outside world, the Correctional Service of Canada had also experienced an increasing volume of contraband within institutions, much of it drugs. The risk of violence has also increased with expanding drug related activities in the prison market and drug induced individual indifference to usual prison norms and discipline requirements. Through reports referred to by Harvey, estimates of the dollar volume of the internal drug market were suggested which seemed inordinately high, and estimates of success in seizing contraband, seemed very low. Despite internal intelligence, searches by detectors, frisking and even skin or nude searches especially related to pre-release programs and major visitor occasions, it seems little contraband is actually found and forfeited. Harvey indicated that those responsible for safety and security in the institutions believe that most drugs are transported by inmates themselves, and by family members and other outsiders, in body cavities, principally the anus and vagina, hidden so as not to be detected by visual search. Apparently medical personnel of the Service decline to participate in security searches of any bodily cavities.

It was against this background of increasing opportunities for bringing contraband, particularly drugs, into the institutions, together with the perceived experience of increasing contraband and increasing risks of violence, and the relationship of drugs to violence, that led to the development of the urine testing program for the Service. After a voluntary program run at Leclerc institution in Quebec in the early 1980's had been tested under

programmes de formation et d'instruction y sont offerts, des activités y sont planifiées, et il existe maintenant une gamme de programmes de visites; dans les établissements à sécurité minimale en particulier, des programmes prélibératoires sont offerts aux détenus jugés aptes à profiter d'absences temporaires avec ou sans escorte ou de libérations conditionnelles de jour.

Avec le développement de programmes visant spécialement l'accroissement en milieu carcéral des contacts des détenus entre eux comme avec le monde extérieur, le Service correctionnel du Canada connaît une augmentation du volume d'objets interdits, en grande partie des drogues, à l'intérieur des établissements. Le risque de violence s'est aussi accru parallèlement à la prolifération des activités liées à la drogue sur le marché carcéral et à l'accentuation de l'indifférence, issue de la drogue, à l'égard des normes et des exigences disciplinaires habituelles des prisons. Les rapports cités par Harvey donnent des estimations pécuniaires anormalement élevées du marché interne de la drogue et des estimations très basses du taux de succès en matière de saisie d'objets interdits. En dépit des renseignements tirés du milieu et des fouilles effectuées à l'aide de détecteurs ou à corps nu visant spécialement les programmes prélibératoires et les principales occasions de visite, il semble qu'on ne puisse déceler et confisquer qu'une toute petite quantité d'objets interdits. Harvey a déclaré que, selon les personnes responsables de la sécurité dans les établissements, la plupart des drogues seraient transportées par les détenus eux-mêmes et par des membres de leur famille ou par d'autres visiteurs, dans des cavités corporelles, notamment l'anus et le vagin, où elles seraient cachées de façon à ne pas être décelées par un examen visuel. Le personnel médical du Service refuserait apparemment de procéder à des fouilles de sécurité visant ces parties.

C'est dans ce contexte, marqué par l'accroissement des occasions d'introduire dans les établissements des objets interdits, en particulier des drogues, et par la constatation d'une augmentation des objets interdits et des risques de violence, comme du lien entre les drogues et la violence, que le Service a élaboré le programme d'analyse d'urines. Après l'essai, sous la supervision de Harvey, d'un programme volontaire appliqué à l'établisse-

Harvey's supervision there, considerable study of similar programs in the United States and elsewhere had led to the program introduced at Joyceville and originally intended also for Cowansville. Its primary long term objectives were to support the Service's responsibilities for safety and security of staff and inmates, to detect and deter unauthorized drug usage and to develop programs to assist inmates with a history of drug abuse. In seeking those objectives Harvey seemed to consider random testing a particularly valuable part of the planned program, not yet implemented.

Dr. R. E. Willette, a consultant and president of his own company in the United States, providing advice on testing of drugs and related matters, testified at the trial about the quality of the testing instruments, the analyzing processes and the comparative ease in training for their application, which were adopted for the program of the Correctional Service introduced at Joyceville. A medicinal chemist, with extensive experience in the development of testing processes and instrumentation, his evidence was not seriously contested and the validity of the urine testing system adopted by the Correctional Service was not seriously questioned in these proceedings.

His evidence was helpful in confirming the validity of results of the EMIT-ST test (the Enzyme Multiple Immunoassay Technique—Single Test), the only test in place at the time Jackson was here directed, and declined, to provide a sample. The GC/MS (Gas Chromatography/Mass Spectrometer) test which confirms results of a positive EMIT-ST test, has since been introduced, following long standing practice in the United States. While it has no significance for this case, Harvey's evidence was that when Jackson was ordered to provide a sample, with only the EMIT-ST equipment and process in place, a portion of any urine sample provided by an inmate was retained in the event the inmate should request independent testing by outside experts. Since then the confirmatory testing using the

ment Leclerc au Québec, au début des années 1980, on a procédé à une étude approfondie de programmes semblables aux États-Unis et ailleurs, ce qui a conduit au programme introduit à Joyceville et qui devait aussi, à l'origine, s'appliquer à Cowansville. Les principaux objectifs à long terme du programme visaient à appuyer le rôle du Service en matière de sécurité du personnel et des détenus, à déceler et à décourager l'emploi non autorisé de drogues et à élaborer des programmes pour aider les détenus toxicomanes. Compte tenu de ces objectifs, Harvey semblait considérer l'analyse au hasard comme un volet particulièrement important du programme projeté, volet qui n'était pas encore appliqué.

M. R. E. Willette, expert-conseil et président de sa propre entreprise aux États-Unis, qui donne des consultations en matière d'analyse de drogues et de questions connexes, a témoigné lors du procès au sujet de la qualité des instruments d'analyse, des méthodes d'analyse et de la facilité relative avec laquelle on peut former du personnel pour l'utilisation de ces instruments et méthodes qui ont été adoptés pour le programme du Service correctionnel introduit à Joyceville. La déposition de ce biochimiste, qui a une grande expérience en matière d'élaboration de méthodes et d'instruments d'analyse, n'a pas été contestée sérieusement, et la validité du programme d'analyse d'urines adopté par le Service correctionnel n'a pas été sérieusement remise en question au cours de l'instance.

La déposition de ce témoin a permis de confirmer la validité des résultats de la technique EMIT-ST (Enzyme Multiple Immunoassay Technique—Single Test), la seule méthode d'analyse utilisée à l'époque où Jackson a refusé d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon. L'analyse GC/MS, (chromatographie en phase gazeuse/spectromètre de masse), qui confirme les résultats d'une analyse EMIT-ST positive, a été adoptée depuis, à l'instar d'une pratique qui a cours depuis longtemps aux États-Unis. Même si ce détail n'a aucune incidence en l'espèce, Harvey a déclaré qu'à l'époque où l'on a ordonné à Jackson de fournir un échantillon en vue d'une analyse uniquement au moyen du matériel et de la technique EMIT-ST en place, on conservait une partie de tout échantillon d'urine fourni par un détenu au

GC/MS process is conducted at Joyceville by the Service itself.

William L. Davis also testified as an expert witness. Now a consultant on correctional matters, he recently retired as Administrator of Correctional Services, the chief executive officer of the federal penitentiary system in the United States. He had served for 25 years in the U.S. penitentiary service, with increasing responsibilities over the years at the institutional, regional and national levels. From 1978 when a program of urinalysis surveillance was initiated in federal prisons in the United States he had been directly involved in its application and administration.

On the relationship of drugs and violence Mr. Davis' evidence was that, coincidental with increasing drug use in society generally, experience in U.S. federal prisons had earlier indicated an increasing use of drugs among inmates and that this had a noticeable direct bearing upon the level of violence. In the 1960's and 70's the number of incidents involving violence between inmates and between inmates and staff increased and upon investigation it appeared clear that the use of and trade in drugs in institutions was playing a significant role in incidents of violence. This was so even though hard core drug addicts were a relatively small portion of total inmates and most users of drugs in the institutions were so-called recreational users not addicts. Before introduction of the program in the United States inmates and staff were fully informed about what was planned and in the first year statistical reports indicated substantially fewer cases of positive drug tests than had been anticipated. Davis said that it was believed that this clearly indicated that the prison population knew the program was to be treated seriously for in that first year the number of incidents of violence declined significantly as did the number of those incidents which appeared to be drug-related. While it was difficult to comment on the level of violence generally, Davis did indicate that since the program was introduced in 1978, the number

cas où ce dernier demanderait qu'une analyse indépendante soit effectuée par des experts de l'extérieur. Depuis, l'analyse de confirmation selon la méthode GC/MS est effectuée à Joyceville, par le Service lui-même.

William L. Davis a également déposé comme témoin-expert. Maintenant expert-conseil sur des questions correctionnelles, il quittait récemment, pour prendre sa retraite, le poste d'administrateur des Services correctionnels, à la tête du système pénitentiaire fédéral des États-Unis. Il a travaillé pendant 25 ans au sein du service pénitentiaire des États-Unis, assumant des responsabilités de plus en plus grandes à l'échelle locale, régionale et nationale. Il a participé directement à l'application et à la gestion d'un programme d'analyse d'urines dès son introduction, en 1978, dans les prisons fédérales des États-Unis.

Dans sa déposition, M. Davis a abordé la question du lien entre les drogues et la violence; avec l'accroissement de l'usage des drogues dans la société en général, les prisons fédérales américaines avaient connu une augmentation de la consommation de drogues chez les détenus ce qui, a-t-on constaté, avait un effet direct sur le niveau de violence. Dans les années 1960 et 1970, le nombre d'incidents avec violence engageant les détenus entre eux, de même que des détenus et des membres du personnel, avait augmenté et, après enquête, il semblait manifeste que la consommation et le commerce de la drogue dans les établissements jouaient un rôle important dans les incidents marqués par la violence. Cet état de choses existait même si les vrais toxicomanes ne représentaient qu'une faible proportion des détenus et que la plupart des utilisateurs de drogues dans les établissements étaient des consommateurs de drogues douces et non des toxicomanes. Avant la mise en œuvre du programme aux États-Unis, les détenus et les membres du personnel ont été mis au fait de ce qui était projeté. Des rapports statistiques visant la première année révélèrent un nombre de cas d'analyses positives substantiellement inférieur à ce qui avait été prévu. Selon Davis, ceci indiquerait clairement que la population carcérale savait que le programme serait traité avec sérieux; en effet, au cours de cette première année, le nombre d'incidents violents a baissé de façon significative, à l'instar du nombre d'incidents apparemment liés

of incidents of violence related to drugs has been reduced and has generally continued to decline.

From the beginning the system introduced in U.S. federal prisons had involved three categories of inmates. Random sampling of 5% of all inmates in each institution was conducted each month based upon computer-generated lists, a process that required a sample from each inmate present in the institution whose name was included on the list in order from the top of the list until 5% of those present were tested. The second group, who are each required to be tested monthly, were those considered a high risk group, including all those with a history of drug addiction, previous positive tests in the institution, or those whom a staff member believes may be under the influence of a drug and who then may be required to provide a sample if ordered to do so by a staff supervisor who has discretion to so order. The third group tested are those engaged in community activities, including the equivalent of pre-release programs in Canadian institutions, that is, those on escorted or unescorted leave from an institution, or those participating in other group activities outside the institution. Among this third group at least 50% are to be tested on their return to the institution and the Warden of each institution may require that all of them be tested on every return to the institution. It is of some interest to note an inmate may be subject to urinalysis testing on the basis of a mandatory sample more frequently than once a month if he happens to be included within more than one of these groups.

The program introduced in U.S. federal prisons has utilized the EMIT test and the GC/MS test for confirmation of positive tests. The U.S. service has not done any of its own testing but has the tests conducted by outside laboratories. A positive test or refusal to provide a sample when ordered to do so is subject to disciplinary action with penalties related to the offence. Thus if the offence does

à la drogue. Même s'il est difficile d'émettre des commentaires sur le niveau de violence en général, Davis a indiqué que depuis l'introduction du programme en 1978, le nombre d'incidents violents liés à la drogue a diminué et que cette tendance se poursuit.

Dès le départ, le programme introduit dans les prisons fédérales américaines visait trois catégories de détenus. On établissait chaque mois un échantillonnage au hasard de 5 % de tous les détenus de chaque établissement, à l'aide de listes informatiques; selon ce procédé, tout détenu présent dans l'établissement et dont le nom figurait sur la liste devait fournir un échantillon, jusqu'à ce que 5 % des détenus présents aient fait l'objet d'une analyse. Les membres du deuxième groupe devaient faire l'objet d'analyses mensuellement; il s'agissait des personnes jugées à risque élevé, notamment celles qui avaient des antécédents de toxicomanie ou qui avaient obtenu des résultats positifs antérieurs dans l'établissement, ou encore des personnes à qui, sur la foi d'un agent estimant qu'elles étaient sous l'effet d'une drogue, un superviseur compétent avait ordonné de fournir un échantillon. Le troisième groupe était composé des détenus participant à des activités collectives, y compris des programmes semblables aux programmes prélibératoires en vigueur dans les établissements canadiens, c'est-à-dire des détenus qui profitaient d'absences temporaires avec ou sans escorte ou qui participaient à d'autres activités de groupe à l'extérieur de l'établissement. Dans ce troisième groupe, au moins 50 % des détenus devaient faire l'objet d'une analyse à leur retour à l'établissement et le directeur de chaque établissement pouvait exiger qu'ils fassent tous l'objet d'une analyse à chaque retour. Il y a lieu de souligner qu'un détenu pouvait faire l'objet d'une analyse d'urines obligatoire plus d'une fois par mois s'il faisait partie de plus d'un groupe.

Le programme introduit dans les prisons fédérales américaines emploie la technique EMIT pour l'analyse et la méthode GC/MS pour la confirmation des analyses positives. Le service américain ne procède pas lui-même aux analyses, mais les confie à des laboratoires extérieurs. Une analyse positive ou un refus de fournir un échantillon sur demande rend le détenu passible de mesures disciplinaires et

not involve a visiting program, penalties in relation to such program are not imposed.

From his experience Mr. Davis offered a number of opinions. He has no doubt that violent incidents arising from drug use or marketing within institutions have continued to decline in number over the years, particularly since testing for marijuana, once the most used drug in institutions, was incorporated into the program in 1984. He believes that the perceived benefits of the system adopted in U.S. institutions depend upon regular testing of the three groups identified for this provides a program which is clearly to be taken seriously and thus deters use and trafficking of drugs in institutions. In his view, if testing were only possible where staff had reasonable grounds to believe that an inmate was under the influence of drugs, that would hardly be worth pursuing. I assume he meant by this that it would do little to deter use and trafficking. Finally it was his opinion that Jackson's sense that an order to provide a urine sample for testing was degrading and that overall the program as introduced at Joyceville had a negative impact on life in the prison, would not be shared by most inmates. In his view and from his experience in U.S. institutions, the majority of inmates prefer a system which ultimately deters drug use and trafficking and contributes to a more safe and secure environment within the institutions.

Resolving the Issues

Having summarized significant evidence in this action, my conclusions on the issues raised may now be summarized as follows, in the order in which these were discussed by counsel for the plaintiff. The reasons for these conclusions are then set out in turn in relation to each of the issues.

1) After brief comment I decline to determine the issue concerning the jurisdiction of the Disciplinary Tribunal to deal with Charter issues

de sanctions liées à l'infraction. Si l'infraction n'est pas liée à un programme de visites, il n'y a pas de sanction à l'égard de ce programme.

M. Davis a exprimé un certain nombre d'opinions à la lumière de son expérience. Il ne fait aucun doute pour lui que le nombre d'incidents violents découlant de la consommation ou de la vente de drogues dans les établissements baisse continuellement avec les années, surtout depuis l'incorporation au programme, en 1984, de l'analyse visant la marijuana, la drogue la plus consommée dans les établissements. Il croit que les avantages reconnus du programme adopté pour les établissements des États-Unis dépendent d'une analyse régulière visant les membres des trois groupes identifiés, parce qu'il s'agit là d'un programme qui est manifestement pris au sérieux et qui sert ainsi à dissuader les détenus de consommer et de vendre des drogues dans les établissements. À son avis, si le programme ne prévoyait l'analyse que lorsqu'un agent a des motifs raisonnables de croire qu'un détenu est sous l'effet de drogues, il serait pratiquement inutile de le maintenir. Je suppose qu'il veut dire par là que le programme ferait très peu pour décourager la consommation et la vente. Enfin, il était d'avis que la plupart des détenus ne partageaient pas l'opinion de Jackson qui estimait qu'un ordre de fournir un échantillon d'urine en vue d'une analyse était dégradant et que, dans l'ensemble, le programme introduit à Joyceville avait un effet négatif sur la vie en prison. Fort de son expérience dans les établissements américains, il était d'avis que la majorité des détenus préfèrent un programme qui, au bout du compte, décourage la consommation et la vente de drogues et contribue ainsi à un environnement plus sûr.

h Décision

J'ai résumé les éléments de preuve importants dans cette action. Je vais maintenant résumer mes conclusions sur les points litigieux, en suivant l'ordre dans lequel l'avocat du demandeur a discuté ces points. On trouvera ensuite l'exposé des motifs de ma décision par rapport à chacun de ces points litigieux.

1) Je vais faire quelques brèves observations sur la question de la compétence du tribunal disciplinaire pour connaître des questions concernant

since a determination of that matter is not essential for disposition of this case.

2) Section 41.1 in so far as it permits a member to require an inmate, who is considered to have ingested an intoxicant, to provide a specimen of the inmate's urine for analysis to detect the presence of an intoxicant in the body of the inmate contravenes section 8 of the Charter by providing for an unreasonable search. ^a

3) Section 41.1 in so far as it permits a member to require an inmate, who is considered to have ingested an intoxicant, to provide a specimen of the inmate's urine for analysis to detect the presence of an intoxicant in the body of the inmate, when coupled with disciplinary proceedings for failure to obey a lawful order if the requirement not be met, contravenes section 7 of the Charter by depriving the inmate of the right to liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice. ^c

4) Section 41.1 is not a reasonable limitation on rights and liberty set out in sections 7 and 8 that can be demonstrably justified in a free and democratic society and thus is not supportable under section 1 of the Charter. ^f

5) Section 41.1 does not discriminate in the manner set out in section 15 of the Charter and it does not infringe upon or detract from equality rights as established by that section. ^g

Jurisdiction of the Independent Disciplinary Tribunal to deal with Constitutional Issues

The plaintiff seeks a declaration that the Disciplinary Tribunal unlawfully declined to exercise its jurisdiction in this case. On this issue the Independent Chairperson of the Tribunal, in his decision rendered in November, 1987, concluded:

3. Counsel for the inmate in written arguments submits that section 41.1 of the Regulations is "ultra vires" the *Constitution of Canada* as it is an [sic] inconsistent with section 7 and section 8 of the Charter. Counsel goes further and submits that since section 41.1 is "ultra vires" and there being no other statutory or common law authority for the order in question, the order itself was illegal and need not have been obeyed. ^j

la Charte, mais je m'abstiens de me prononcer là-dessus parce qu'il n'est pas essentiel de trancher cette question en l'espèce.

2) Dans la mesure où il permet à un membre d'exiger d'un détenu, qui aurait absorbé une substance hallucinogène, qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse destinée à déceler la présence de cette substance dans son organisme, l'article 41.1 du Règlement enfreint l'article 8 de la Charte parce qu'il autorise une fouille ou une perquisition abusive. ^b

3) Dans la mesure où il permet à un membre d'exiger d'un détenu, qui aurait absorbé une substance hallucinogène, qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse destinée à déceler la présence de cette substance dans son organisme, l'article 41.1 du Règlement, étant donné que le refus de fournir l'échantillon donne lieu à des audiences disciplinaires pour désobéissance à un ordre légitime, enfreint l'article 7 de la Charte parce qu'il porte atteinte au droit du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne, d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. ^d

4) L'article 41.1 du Règlement ne constitue pas une restriction raisonnable des droits et libertés prévus aux articles 7 et 8, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. ^e

5) L'article 41.1 du Règlement n'établit pas de discrimination interdite par l'article 15 de la Charte et il ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité garantis par cet article. ^e

Compétence du tribunal disciplinaire indépendant pour connaître de questions constitutionnelles

Le demandeur sollicite un jugement déclaratoire portant que le tribunal disciplinaire s'est abstenu sans droit d'exercer sa compétence dans cette affaire. Dans sa décision rendue en novembre 1987, le président indépendant du tribunal s'est prononcé sur cette question de la façon suivante: ^h

[TRADUCTION] 3. Dans son argumentation écrite, l'avocat du détenu soutient que l'article 41.1 du Règlement est «ultra vires», parce qu'il est incompatible avec la *Constitution du Canada*, notamment avec les articles 7 et 8 de la Charte. L'avocat affirme en outre que, puisque l'article 41.1 est «ultra vires» et que le pouvoir de donner l'ordre en question ne reposait sur aucune loi ni sur la *common law*, l'ordre lui-même était illégal et qu'il n'était pas obligatoire d'y obéir. ⁱ

4. Before dealing with Counsel's argument it must first be determined if an Independent Chairperson, such as myself, has the jurisdiction to determine the validity of this or any other Regulation contained in the *Penitentiary Service Regulations*.

5. In the case of *Ouimet v. The Queen* reported in 1978, 1 F.C.R. at 627 [sic at 672], given October, 1977, it was held that the question "whether or not Regulations are ultra vires is for the Courts to determine and not the Tribunal itself".

6. Again, the Supreme Court of Canada, in the *Martineau Case*, held that a prison tribunal is not a Court. This case was cited and followed in the case of *Joyce Bull v. Helen King MaLeod* [sic] reported 1986 F.C.R. a decision of the Federal Court Trial Division in [sic] December 5, 1986.

7. Having regard to these cases, I find that this tribunal is not a Court and I therefore do not have any jurisdiction to deal with the question of whether or not section 41.1 is "ultra vires".

In my view the judicial precedents relied upon by the Chairperson are not conclusive on the question of jurisdiction of the Disciplinary Tribunal to deal with defences, here raised on behalf of Jackson, based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is surprising that no reference was made to the one precedent dealing directly with the issue here raised, the lawfulness of an order under section 41.1 of the Regulations, that is *Dion*. That decision was issued by Mr. Justice Galipeau in August 1986, and was probably published in the report series prior to the decision of the tribunal some 15 months later in November 1987. The decision in *Dion* must have been known to the Commissioner and other senior officers of the Correctional Service, as it apparently was to the witness Harvey, before disciplinary proceedings were initiated against Jackson in May 1987.

While appeal of the decision in *Dion* would have the effect of staying any order of Mr. Justice Galipeau (see: article 497 of the *Quebec Code of Civil Procedure* [R.S.Q., c. C-25]), I have some question about the fairness of the process of disciplinary proceedings in which Jackson was involved if Correctional Service officers did not bring the decision in *Dion* to the attention of the Chairperson during those proceedings. My question remains but I do not propose to pursue it for no evidence on the matter was presented and that question was not argued at trial.

What was argued at trial was the jurisdiction of the Disciplinary Tribunal in light of evolving juris-

4. Avant de me pencher sur l'argument de l'avocat, je dois tout d'abord décider si un président indépendant, comme moi-même, est compétent pour statuer sur la validité d'une disposition du *Règlement sur le service des pénitenciers*.

5. Dans la décision *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 627 (sic, 672), rendue en octobre 1977, la Cour a décidé «qu'il appartient aux cours et non à un tribunal administratif de décider du caractère ultra vires d'un règlement».

6. Dans l'arrêt *Martineau*, la Cour suprême du Canada a elle aussi décidé qu'un comité de discipline dans un pénitencier n'est pas un tribunal judiciaire. Cette décision a été citée et suivie par la Section de première instance de la Cour fédérale, le 5 décembre 1986, dans l'affaire *Joyce Bull c. Helen King MaLeod* (sic), publiée dans [1986] C.F.

7. Étant donné cette jurisprudence, j'estime que ce tribunal n'est pas une cour et je suis donc incompétent pour connaître de la question de savoir si l'article 41.1 est «ultra vires».

À mon avis, la jurisprudence invoquée par le président n'est pas concluante quant à la question de la compétence du tribunal disciplinaire pour connaître des moyens de défense soulevés en l'espèce par Jackson et fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il est étonnant que l'on n'ait pas fait mention du seul précédent traitant explicitement de la question en litige en l'espèce, soit la légalité de l'ordre donné conformément à l'article 41.1 du Règlement: la décision *Dion*. Celle-ci a été rendue par le juge Galipeau en août 1986 et elle a probablement été publiée dans le recueil avant que le tribunal n'ait rendu sa décision en novembre 1987, soit environ quinze mois plus tard. Le commissaire et les autres fonctionnaires supérieurs du Service correctionnel devaient être au courant de la décision *Dion*, puisque apparemment le témoin Harvey la connaissait, avant que ne soient tenues en mai 1987 des audiences disciplinaires mettant en cause Jackson.

Certes, l'appel formé contre la décision *Dion* suspendrait l'exécution de toute ordonnance du juge Galipeau (voir l'article 497 du *Code de procédure civile* du Québec [L.R.Q., chap. C-25]), mais je m'interroge sur l'équité du processus disciplinaire auquel Jackson a été soumis si les fonctionnaires du Service correctionnel n'ont pas attiré l'attention du président du tribunal disciplinaire sur la décision *Dion*. La question reste posée mais je ne me propose pas de m'y arrêter parce qu'aucune preuve n'a été produite à ce sujet et que cette question n'a pas été débattue au procès.

Les débats au procès ont porté sur la compétence du tribunal disciplinaire à la lumière de la

prudence concerning jurisdiction of tribunals other than superior courts to deal with Charter issues raised before them. That general matter has now been dealt with in a number of cases arising in the provincial courts and in this Court, often in relation to one or both of subsections 24(1) and 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] which includes the Charter. Those sections provide:

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

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Subsection 24(1) does not confer any remedial jurisdiction, at least so far as tribunals other than superior courts are concerned: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. Whether subsection 52(1) is ultimately to be accepted as the basis for some, or all, or none of the many tribunals other than superior courts to decline to apply laws which are said to be contrary to the Charter, awaits clarification by the Supreme Court of Canada. Decisions of the Federal Court of Appeal on this matter have recognized the authority of certain bodies to refuse to apply legislation or regulations found to be in conflict with the Charter. Deemed competent to do so have been the Immigration Appeal Board (*Law v. Solicitor General of Canada*, [1985] 1 F.C. 62 (C.A.)) and Boards of Referees and Umpires under the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48] (*Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253 (C.A.)) and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245 (C.A.). In other cases the same Court has declined to recognize that a review committee dealing with appeals under the *Family Allowances Act, 1973* [S.C. 1973-74, c. 44] has any capacity to deal with the issue, at least in cases where it has purported to provide remedies beyond the scope of its statutory powers: (*Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714 (C.A.)); *Alli v.*

jurisprudence concernant la compétence des tribunaux, autres que des cours supérieures, pour connaître de questions concernant la Charte dont ils ont été saisis. Cette question, de façon générale, a maintenant été étudiée dans bon nombre de causes devant les tribunaux provinciaux et devant cette Cour, souvent par rapport à l'un ou l'autre des paragraphes 24(1) et 52(1) 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]], qui comprend la Charte. Voici le texte de ces dispositions:

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

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Le paragraphe 24(1) n'attribue pas de compétence pour accorder une réparation, du moins en ce qui concerne les tribunaux autres que les cours supérieures: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. La Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si le paragraphe 52(1) est, en dernière analyse, la disposition que les nombreux tribunaux, autres que les cours supérieures, ou certains d'entre eux, peuvent invoquer pour s'abstenir d'appliquer les lois qui seraient contraires à la Charte, selon les justiciables en cause. Dans les décisions sur cette question qu'elle a rendues jusqu'à présent, la Cour d'appel fédérale a reconnu le pouvoir de certains organismes de refuser d'appliquer des lois ou des règlements incompatibles avec la Charte. La Commission d'appel de l'immigration (*Law c. Solliciteur général du Canada*, [1985] 1 C.F. 62 (C.A.)) et des conseils arbitraux et des juges-arbitres désignés conformément à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, chap. 48] (*Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253 (C.A.)) et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245 (C.A.) ont été tenus pour compétents pour rendre pareille décision. Dans d'autres affaires, la même Cour a refusé de reconnaître à un comité de révision chargé d'entendre les appels formés en vertu de la *Loi de 1973*

Canada (Attorney General) (1988), 88 N.R. 1 (F.C.A.); *Canada (Procureur général) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.)). The matter may be clarified by the Supreme Court of Canada when it deals with an appeal in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, *supra*, leave to appeal granted [[1989] 2 S.C.R. 1110].

If it were necessary for decision in this case to determine the issue concerning jurisdiction of the Disciplinary Tribunal, an argument of the plaintiff would have to be considered. That is, if the tribunal has no jurisdiction to deal with a defence based on Charter issues, so that an accused can only raise that defence effectively by resorting to judicial review, the inmate would be denied rights assured by section 7 of the Charter. It is submitted that failure to consider defences based on the Charter, when an accused inmate is charged before a Disciplinary Tribunal, would deprive the inmate of his liberty and security contrary to principles of fundamental justice. In the circumstances of this case that deprivation might also be said to arise from failure of the independent chairperson of the tribunal to apply the law as determined in the superior court, if that were known, as it ought to have been.

I would be inclined to accept the plaintiff's submission if it were necessary to determine this issue, at least in a case where the matter raised before the Disciplinary Tribunal is not one of first impression but has already been determined by a superior court, here the Quebec Superior Court in *Dion*, before the disciplinary proceedings were initiated in relation to Jackson. I note that at trial the plaintiff's submission was not fully developed or argued. Since its determination is not essential for disposition of this case I leave this issue unresolved.

sur les allocations familiales [S.C. 1973-74, chap. 44] l'aptitude à juger la question, du moins dans les cas où il entendait accorder une réparation dépassant les attributions dont la loi l'avait investi: *a Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.); *Alli c. Canada (Procureur général)* (1988), 88 N.R. 1 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.). La Cour suprême du Canada apportera *b* peut-être des éclaircissements sur cette question quand elle statuera sur le pourvoi dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, précité, autorisation de pourvoi accordée [[1989] 2 R.C.S. 1110].

c S'il était nécessaire en l'espèce de trancher la question de la compétence du tribunal disciplinaire, il faudrait examiner un argument que le demandeur fait valoir. Cet argument veut que, si le tribunal n'est pas compétent pour statuer sur un moyen de défense fondé sur la Charte, de sorte que *d* l'accusé ne peut invoquer ce moyen de défense et avoir gain de cause que devant la cour exerçant le contrôle judiciaire, celui-ci serait privé de droits garantis par l'article 7 de la Charte. Selon cette *e* thèse, si le tribunal disciplinaire chargé d'entendre l'accusation portée contre un détenu ne tenait pas compte des moyens de défense fondés sur la Charte, ce dernier serait privé de son droit à la *f* liberté et à la sécurité de sa personne en contravention des principes de justice fondamentale. Dans les circonstances de la présente affaire, on pourrait également affirmer que ce droit a été violé parce que le président indépendant du tribunal n'a pas *g* appliqué la loi telle que définie par la Cour supérieure, si la décision de celle-ci avait été connue, comme cela aurait dû être le cas.

J'aurais tendance à accepter l'argument du *h* demandeur si cela était nécessaire pour trancher le litige, du moins dans une affaire où la question soumise au tribunal disciplinaire ne nécessite pas que celui-ci juge selon sa première impression, mais où elle a déjà été décidée par une cour *i* supérieure, en l'occurrence la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Dion*, avant que Jackson n'ait fait l'objet d'audiences disciplinaires. Je remarque qu'au procès, l'argument du demandeur n'a pas été développé ni soutenu à fond. Puisqu'il *j* n'est pas essentiel de trancher cette question en l'espèce, je vais m'abstenir de rendre une décision sur ce point.

Section 8

Section 8 of the Charter provides that:

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

The plaintiff submits that section 41.1 of the Regulations provides for a search that is prohibited by section 8 because it authorizes a urine specimen to be required of an inmate by a staff member without reference to any standard or circumstance except necessity as considered by the staff member, and upon risk of punishment if convicted at disciplinary proceedings for testing positive or for failing to provide the required specimen. A "compulsory" urinalysis testing procedure of this sort is said to constitute a search within the meaning of section 8 of the Charter. In the absence of consent by an inmate it is submitted that the taking of a urine sample would constitute a search and seizure. The plaintiff relies by analogy upon cases concerning non-consensual blood samples (*R. v. Racette* (1988), 48 D.L.R. (4th) 412 (Sask. C.A.); *R. v. Katsigiorgis* (1987), 62 O.R. (2d) 441 (C.A.); *R. v. Dymont* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210 (P.E.I.C.A.)) and breath samples (see: *R. v. Enns* (1987), 85 A.R. 7 (Prov. Ct.)); and contra *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (B.C. Prov. Ct.).

In the amended statement of defence filed in this action it is pleaded on behalf of the defendants that "the requirement to give a urine sample does not constitute a search within the meaning of section 8 of the Charter, and in any event such a requirement is not unreasonable". At trial little argument was made about the regulation not providing for a search, except that under the Regulations an inmate could decline to provide a sample, and thus avoid any search or implications of a search. While that may be accurate in a technical sense, such action exposes an inmate to disciplinary proceedings and punishment upon conviction for failure to provide a sample when ordered to do so. In these circumstances it can hardly be said that an inmate is free to refuse to provide a sample. Indeed, should he do so he is then subject to penalties similar to those that may apply in the

L'article 8

L'article 8 de la Charte est ainsi conçu:

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

Le demandeur soutient que la fouille prévue à l'article 41.1 du Règlement est interdite par l'article 8 parce que l'article 41.1 autorise un membre du personnel à exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urine, sans faire mention d'aucune norme ou circonstance excepté la nécessité, qui est laissée à l'appréciation du membre du personnel, et parce que le détenu s'expose à une sanction s'il est déclaré coupable au terme d'audiences disciplinaires, soit du fait de ses résultats positifs, soit du fait qu'il n'a pas fourni l'échantillon exigé. «L'obligation» faite au détenu de se soumettre à une analyse d'urines de cette manière constituerait une fouille au sens de l'article 8 de la Charte. Selon cet argument, faute de consentement du détenu, l'obligation de fournir un échantillon d'urine constituerait une fouille et une saisie. Le demandeur se fonde par analogie sur la jurisprudence concernant le prélèvement d'échantillons de sang sans le consentement de l'intéressé (*R. v. Racette* (1988), 48 D.L.R. (4th) 412 (C.A. Sask.); *R. v. Katsigiorgis* (1987), 62 O.R. (2d) 441 (C.A.); *R. v. Dymont* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210 (C.A.I.-P.-É.)) et le prélèvement d'échantillons d'haleine (voir *R. v. Enns* (1987), 85 A.R. 7 (C. prov.)); il cite en outre contra, *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (C. prov. C.-B.).

Dans la défense modifiée produite dans cette action, les défendeurs allèguent que [TRADUCTION] «l'obligation faite [aux détenus] de fournir un échantillon d'urine ne constitue pas une fouille au sens de l'article 8 de la Charte et que de toute façon il n'est pas abusif de l'exiger». Au procès, on n'a pas tenté sérieusement de démontrer que la disposition réglementaire n'avait pas pour objet une fouille, sauf pour soutenir qu'en vertu du Règlement, un détenu pourrait refuser de fournir un échantillon et ainsi se soustraire à toute fouille ou aux effets d'une fouille. Certes, cette affirmation est en apparence exacte, mais le détenu est passible de sanctions au terme d'audiences disciplinaires tenues au sujet de son refus de fournir un échantillon en dépit de l'ordre reçu. On peut donc difficilement affirmer que le détenu a la faculté de refuser de fournir un échantillon. En fait, en cas de

case of an inmate who tests positive for the presence of unauthorized intoxicants in his body. Ultimately, the effect of refusing is to be treated as though one has consumed unauthorized intoxicants, at least so far as punishment may be concerned. In these circumstances any suggestion that the Regulations do not provide for a search seems to me unwarranted.

Is the search as here authorized one that is unreasonable within the meaning of that qualifying term as used in section 8 of the Charter? In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at page 278, Mr. Justice Lamer, speaking for a majority of the Court in regard to section 8, said:

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.

Matters raised in argument in Jackson's case concern all three aspects of these criteria of reasonableness.

The defendants raised two considerations relating to the manner in which the search provided for by the Regulations would be carried out. They submitted that no serious question was here raised about the validity of the testing processes, first by using the EMIT-ST test and later by use of that test and the GC/MS test for confirming positive test results. The defendants referred to American jurisprudence upholding the technical validity of these testing processes in relation to urinalysis testing programs for prison inmates (see: *Jensen v. Lick*, 589 F. Supp. 35 (Dist. Ct. 1984); *Spence v. Farrier*, 807 F.2d 753 (8th Cir. 1986); *Peranzo v. Coughlin*, 675 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1987)) or for employees of a federal agency (see: *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F. 2d 170 (5th Cir. 1987) upheld on appeal 103 L.Ed. 2d 685 (1989)). I conclude that the technical testing processes here developed would not constitute an unreasonable manner of search violating section 8 of the Charter if the regulations were otherwise not unreasonable.

The defendants also submitted that little weight should be given to the plaintiff's concern that, as administered, the test was degrading, for in fact

refus, il encourt des sanctions semblables à celles qui le frapperaient si les résultats de son analyse étaient positifs, c'est-à-dire s'ils permettaient de déceler la présence dans son organisme de substances hallucinogènes interdites. En fin de compte, le refus est assimilé à la consommation desdites substances, du moins en ce qui a trait à la sanction. Vu ces circonstances, il me semble impossible d'affirmer que le Règlement n'a pas une fouille pour objet.

La fouille ainsi autorisée est-elle abusive au sens de l'article 8 de la Charte? Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la page 278, le juge Lamer, représentant la majorité, dit ce qui suit au sujet de l'article 8:

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 de manière abusive.

Dans la cause de Jackson, l'argumentation porte sur ces trois critères relatifs au caractère abusif de la fouille.

Les défendeurs ont fait valoir deux arguments touchant la manière dont la fouille prévue par le Règlement doit être faite. Ils ont affirmé que l'on n'avait pas sérieusement mis en doute la validité des méthodes d'analyse, soit d'une part, la technique EMIT-ST et d'autre part, la confirmation des résultats positifs au moyen de la méthode GC/MS (chromatographie en phase gazeuse et spectromètre de masse). Les défendeurs ont fondé la validité, du point de vue technique, de ces méthodes d'analyse sur la jurisprudence américaine relative aux programmes d'analyse d'urines des détenus (voir: *Jensen v. Lick*, 589 F. Supp. 35 (Dist. Ct. 1984); *Spence v. Farrier*, 807 F.2d 753 (8th Cir. 1986); *Peranzo v. Coughlin*, 675 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1987) et des fonctionnaires d'organismes fédéraux (voir: *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F. 2d 170 (5th Cir 1987) confirmé en appel par 103 L.Ed. 2d 685 (1989)). Je conclus que les techniques d'analyse retenues en l'occurrence ne constituent pas une manière abusive d'effectuer une fouille, au sens de l'article 8 de la Charte, si le Règlement lui-même n'est pas par ailleurs abusif.

Les défendeurs ont également soutenu qu'il fallait donner peu de poids à l'allégation du demandeur selon laquelle l'analyse d'urines, étant donné

the plaintiff had declined to provide a sample, and could hardly complain of feeling degraded by providing one. Moreover, it was submitted the requirement was less intrusive of privacy than a strip search implicitly authorized, with exceptions, by the *Weatherall* decisions, cited below. (See also *McDonell v. Hunter*, 809 F.2d. 1302 (8th Cir. 1987) upholding the validity of urinalysis testing applied to employees of State department of Corrections at state prison institutions.) Urine sampling and testing was not a process unknown to those who had been medically examined, for example, and was not generally considered intrusive. Comparing the relative measure of intrusiveness, in relation to privacy expectations, of strip searches compared to providing urine samples on order under direct surveillance of another does not, in my view, assist greatly.

The process here to be followed in providing a required specimen does interfere with privacy expectations of an individual. The significance of that is perhaps best assessed in considering the reasonable nature of the law in question and not as a separate matter relating to the manner in which the law is applied. That is particularly the case where, as here, the facts established do not really put in issue the manner in which the search under section 41.1 of the Regulations was carried out, for Jackson declined to provide a sample and there was no search.

In assessing whether the law here authorizing a search was reasonable it is necessary first to determine what constitutes the law that is in issue. The plaintiff submits that section 41.1 of the Regulations must be considered apart from Commissioner's directives, institutional standing orders or other policy memoranda or plans of the Correctional Service. Only the Act and Regulations are said to have the force of law and these include no standards or criteria for staff or inmates about the application of section 41.1. It is said to be too broadly drafted and to be open to abuse by staff members who may act upon whim or mere suspicion without any reasonable ground for belief that an inmate has consumed unauthorized intoxicants.

la manière dont on procédait, était dégradante, parce qu'en fait, celui-ci avait refusé de fournir un échantillon et ne pouvait guère se plaindre qu'il se sentait dégradé en en fournissant un. Au surplus, ils ont affirmé que la méthode portait moins atteinte à la vie privée que les fouilles à nu qu'autorisent implicitement, sauf dans certains cas, les décisions *Weatherall*, citées ci-dessous. (Voir aussi *McDonell v. Hunter*, 809 F.2d. 1302 (8th Cir. 1987) confirmant la validité de l'analyse d'urines à laquelle étaient soumis les employés du service correctionnel de l'État dans les prisons relevant de celui-ci.) Les personnes qui avaient fait l'objet d'un examen médical, par exemple, avaient l'expérience de l'analyse d'urines et ne considéraient généralement pas qu'elle portait atteinte à leur vie privée. Du point de vue de la gravité relative de l'atteinte à la vie privée, la comparaison des fouilles à nu et des analyses d'urines qui supposent que la personne reçoive l'ordre de fournir un échantillon sous surveillance directe n'est pas d'un grand secours, à mon avis.

La manière dont, en l'occurrence, la personne doit fournir l'échantillon requis porte effectivement atteinte à sa vie privée. Le meilleur moyen d'apprécier la portée de cette atteinte consiste peut-être à examiner le caractère abusif de la loi en question plutôt qu'à s'arrêter à la manière dont la loi est appliquée. D'autant plus qu'en l'espèce, les faits établis ne concernent pas vraiment la manière dont la fouille a été faite en vertu de l'article 41.1 du Règlement, puisque Jackson a refusé de fournir un échantillon et qu'il n'y a pas eu de fouille.

Pour juger du caractère abusif de la loi autorisant la fouille en l'espèce, il est nécessaire de déterminer d'abord quelle est la loi en litige. Selon l'argument du demandeur, il faut faire la distinction entre l'article 41.1 du Règlement et les directives du commissaire, les ordres permanents et les autres énoncés de politique ou programmes du Service correctionnel. Seulement la Loi et le Règlement auraient force de loi et ceux-ci ne contiennent aucune norme ou critère à l'intention du personnel ou des détenus concernant l'application de l'article 41.1. Cet article serait de rédaction trop générale et donnerait prise aux abus du personnel, qui pourrait agir par caprice ou sur un simple soupçon sans être fondé à croire qu'un

Moreover, when a urine sample is ordered to be provided no explanation need be given to the inmate and the order may be made, as it was by Finucan in this case, by a staff member who has had no recent direct contact with the inmate. For the defendants it is urged that the whole of the urinalysis program as originally planned and now amplified by Commissioner's directives and institutional standing orders is in issue here, implicitly inviting construction of the general regulation in light of the later directives and orders.

Each party, it seems, looks to possible extremes in outcome if the regulation were to be held valid or invalid. In my view, it is not the whole of the planned program that is here in issue for the facts as here pleaded and established by evidence relate to one aspect of the program that was implemented. Here a staff member required a urine specimen to be provided for testing because it was considered necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of the plaintiff Jackson, a presence which another staff member believed to be the case. We are not here concerned with random testing which was never implemented, or with testing of one who had a known history of involvement with drugs, or with one who was involved at the relevant time with any contact visiting or community activities. Nor is this a situation where there is any evidence that the required specimen was requested on a mere whim or with any intent to abuse Jackson, aside from Jackson's own suspicions about the motives of the officers concerned. Thus the facts here pleaded and established narrow the issue to those circumstances clearly described within a narrow construction of section 41.1 as it relates to the situation where a staff member believed or suspected that Jackson had consumed an intoxicant "other than brew".

It seems clear from the decision of Mr. Justice Strayer at trial in *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369 (T.D.) at pages 413-414 and of Mr. Justice Stone for the Court of

détenu a consommé des substances hallucinogènes interdites. Par surcroît, quant un membre du personnel ordonne à un détenu de fournir un échantillon d'urine, il n'a pas à lui donner d'explication et il peut donner cet ordre, comme l'a fait Finucan en l'espèce, même s'il n'est pas récemment entré en contact direct avec le détenu. La thèse que soutiennent les défendeurs veut que tout le programme d'analyse d'urines, tel que planifié à l'origine et désormais exposé dans les directives et les ordres permanents de l'établissement, soit en litige en l'espèce, nous exhortant implicitement à interpréter le texte réglementaire général à la lumière des directives et des ordres postérieurs.

Il semble que chacune des parties envisage des résultats extrêmes, selon que le règlement sera déclaré valide ou invalide. À mon avis, ce n'est pas tout le programme tel que conçu qui est en litige, car les faits allégués et établis par la preuve ne se rapportent qu'à un aspect du programme qui a été mis en vigueur. En l'occurrence, un membre du personnel a exigé de Jackson qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse parce qu'il a estimé cette mesure nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme du détenu, un autre membre du personnel croyant qu'une telle substance y était présente. Ce dont nous discutons en l'espèce, ce n'est pas du choix de détenus au hasard, puisque cela n'a jamais été fait, ni du cas d'un détenu qui avait dans le passé eu des démêlés avec la justice à cause des drogues, ni d'un détenu qui participait à l'époque en cause à un programme de visites-contact ou à des activités communautaires. En outre, il n'a pas été prouvé non plus que l'échantillon a été exigé par pur caprice ou dans l'intention de brimer Jackson—abstraction faite des soupçons de Jackson à propos des mobiles des agents en cause. Par conséquent, vu les faits allégués et prouvés en l'espèce, la question se ramène aux circonstances clairement décrites, selon une interprétation stricte de l'article 41.1, savoir le fait qu'un membre du personnel a cru ou a soupçonné que Jackson avait consommé une substance hallucinogène «autre qu'un alcool de fabrication artisanale».

Il résulte, à l'évidence, de la décision du juge Strayer en première instance dans l'affaire *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369 (1^{re} inst.), aux pages 413 et 414, et de la

Appeal when that same case was considered on appeal (*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.), at pages 30-36) that Commissioner's directives do not have the force of law and could not qualify the words of the regulation there in question nor prescribe a limit within section 1 of the Charter. The same reasoning, derived from the decision of Pigeon J. for the majority of the Supreme Court of Canada in *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, at page 129, would be equally applicable to institutional standing orders.

It may be that upon reflection the Supreme Court or the Court of Appeal itself will qualify this application of *Martineau*, which was primarily concerned with the meaning to be given to section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] and not with review of issues arising in relation to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As I read *Weatherall*, *supra*, the Court of Appeal was invited to adopt this approach but declined to do so. Nevertheless, in the world of government operations today a variety of initiatives are taken as outlined by a variety of documents and instruments purporting to be under general statutes and regulations, as the Government of Canada's Regulatory Reform Program itself implicitly acknowledges. There is much to be said for a broad judicial conception of what constitutes law or legal action if the Charter of Rights is to be given full scope in its application to governmental action. Until that is recognized the decision of the Court of Appeal in *Weatherall* precludes review of the question in the Trial Division of this Court.

In the result, I conclude that section 41.1 of the Regulations is to be read without modification or qualification derived from the directives and standing orders that here dealt with its application.

If one examines the text of section 41.1 the key elements provide, in both official languages:

41.1 (1) Where a member considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant

décision du juge Stone de la Cour d'appel dans la même affaire (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18 (C.A.), aux pages 30 à 36), que les directives du commissaire n'ont pas force de loi et qu'elles ne peuvent pas assortir le règlement en cause d'une réserve ni prescrire une limite au sens de l'article premier de la Charte. Le même raisonnement, qui tire son origine de l'arrêt de la Cour suprême du Canada, rendu par le juge Pigeon au nom de la majorité, dans *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la page 129, serait également applicable dans le cas des ordres permanents d'un établissement.

Peut-être la Cour suprême ou la Cour d'appel réexaminera-t-elle la question et limitera-t-elle la portée de l'arrêt *Martineau*, lequel traitait avant tout du sens qu'il faut donner à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] et non pas des questions découlant de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si je ne m'abuse, on a demandé à la Cour d'appel dans l'affaire *Weatherall*, précitée, de retenir cette solution mais elle s'en est abstenue. Néanmoins, dans le vaste domaine des activités de l'État aujourd'hui, diverses actions sont accomplies dans l'application de divers actes et instruments censés avoir été pris en conformité avec des lois et des textes réglementaires de portée générale, comme le reconnaît implicitement le Programme de la réforme de la réglementation fédérale. Les tribunaux seraient peut-être bien avisés en adoptant une interprétation large de ce qui constitue une règle de droit ou une action prévue par la loi si la Charte des droits doit s'appliquer intégralement à l'action de l'État. En attendant que ce principe soit reconnu, la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Weatherall* empêche la Section de première instance de cette Cour d'examiner cette question.

En conséquence, je conclus qu'il faut interpréter l'article 41.1 du Règlement sans tenir compte des modifications ou des réserves qui découlent des directives et des ordres permanents régissant, en l'occurrence, son application.

Voyons le texte de l'article 41.1 du Règlement, dans les deux langues officielles. Ses éléments essentiels sont les suivants:

41.1 (1) Un membre qui considère une telle mesure nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène

in the body of an inmate, he may require that inmate to provide . . . a sample . . . to make a proper analysis of the inmate's urine

The text of the regulations in both official languages indicates a single standard or criterion or circumstance for its application, where a staff member "considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate", or "*un membre [le] considère . . . nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme d'un détenu*", that is, a circumstance of necessity as determined by a staff member. In the case of paragraph 41(2)(c), considered in *Weatherall, supra*, search was authorized where (in the French text) "*un membre [le] considère raisonnable et nécessaire*", or (in the English text) "a member considers [it] reasonable". There the two official texts appeared to differ but both refer to considerations of reasonableness and the regulation was treated on that basis.

In this case the defendants urged that a standard of "necessity" was higher than a standard of "reasonable" action. Moreover, it was argued that the question of necessity in any case could be argued before a disciplinary tribunal, assuming proceedings were initiated against an inmate for testing positive or refusing to provide a specimen. I am not persuaded to agree. Indeed "reasonable" implies a reason related to the purpose of the regulation, a rational connection between purpose and action and, in my view it also implies a qualification on the nature of the action taken, that it be reasonable in the circumstances. These are qualifications that, for me, require something more than a conclusion that it is considered necessary to conduct a search. If the question of necessity were raised in defence in disciplinary proceedings, the regulation contains no guidance for the tribunal except reference to the belief of the staff member.

I am prepared to accept as an implied term of section 41.1 that a standard or qualification for its application is that its application must be consistent with its purpose or purposes. The words of Stone J.A. in *Weatherall, (supra)*, [1989] 1 F.C.

dans l'organisme d'un détenu peut exiger de ce dernier qu'il lui fournisse . . . un échantillon d'urine . . . pour permettre . . . d'en faire l'analyse

Selon le texte du Règlement, dans les deux langues officielles, une seule norme ou critère ou circonstance régit son application, c'est-à-dire une circonstance où un membre du personnel juge la mesure nécessaire: «un membre [le] considère . . . nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme d'un détenu», ou «*considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate*». Quant à l'alinéa 41(2)c), qui a fait l'objet de la décision *Weatherall*, précitée, la fouille était autorisée dans le cas suivant: (version française) «un membre [le] considère raisonnable et nécessaire», ou (version anglaise) «*a member considers [it] reasonable*». Les deux versions officielles semblaient différentes dans cette affaire-là, mais toutes deux se rapportaient au caractère raisonnable et le texte réglementaire a été examiné en fonction de ce critère.

Dans le cas qui nous occupe, les défendeurs ont fait valoir que la norme de «la nécessité» était plus élevée que la norme de la mesure «raisonnable». En outre, ils ont soutenu que la question de la nécessité pouvait de toute façon être soulevée devant un tribunal disciplinaire, à supposer que le détenu ait été soumis à des audiences disciplinaires en raison de ses résultats positifs ou de son refus de fournir un échantillon. On ne m'a pas persuadé du bien-fondé de cet argument. En réalité, le terme «raisonnable» suppose une raison liée au but du règlement, un lien rationnel entre le but et la mesure prise et, à mon sens, il implique aussi une réserve quant à la nature de la mesure prise, c'est-à-dire que celle-ci doit être raisonnable dans les circonstances. Étant donné ces réserves, il ne suffit pas de conclure, selon moi, que la fouille a été considérée comme nécessaire. Si la question de la nécessité était un moyen de défense invoqué au cours d'audiences disciplinaires, la disposition réglementaire ne fournit au tribunal aucun critère d'appréciation, si ce n'est la croyance du membre du personnel.

Je suis disposé à admettre que l'article 41.1 du Règlement comporte une norme ou une réserve implicite régissant son application, c'est-à-dire que celle-ci doit être compatible avec le but ou les buts du Règlement. Les propos du juge Stone de la

18, at pages 42–43), in relation to the latter regulation, are equally applicable to section 41.1 here.

This is not to suggest that the authorities and staff should have a completely freehand in these matters and so abuse their powers. The authority contained in paragraph 41(2)(c) is limited to situations where a member considers that the action is “reasonable” either to detect contraband or to maintain the good order of the institution. In my opinion, such searches must always be *bona fide*. They cannot be used with the intent of intimidating, humiliating or harassing inmates or of inflicting punishment.

Aside from an implied term that the regulation here be applied consistently with its purposes, I am not prepared to imply other specific terms, or to “read in” or “read down” section 41.1 to conform with constitutional requirements. To do so would be inconsistent with the approach approved by Dickson J. [as he then was] in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pages 168-169, and followed by Strayer J. in *Weatherall, supra*, at page 397, and by others.

It is true that the decision of the Court of Appeal in *Weatherall* qualified that of Mr. Justice Strayer at trial, by limiting the order and reasoning applied to paragraph 41(2)(c) to the facts revealed by the case and the pleadings of the parties. In effect the regulation was held to be invalid only in so far as it provided for a skin search of male inmates in the presence of a female guard officer, not in a more general application. Nevertheless, the decision of Strayer J. in relation to the absence of criteria, standards or outline of circumstances for application of the regulation there in question is persuasive when considered in relation to the application of section 41.1 here in issue. It is persuasive in its drawing by analogy from the reasoning of Dickson J., as he then was, in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, and of Lamer J. in *R. v. Collins, supra*, and from some leading American jurisprudence, that paragraph 41(2)(c) there in question, without any express qualification or criteria other than the adjective “reasonable” in the English version and “raison-

Cour d'appel dans l'affaire *Weatherall*, précitée, [1989] 1 C.F. 18 aux pages 42 et 43, relativement à l'autre disposition susmentionnée du Règlement, sont également applicables à l'article 41.1.

^a Je n'entends pas ainsi suggérer que les autorités et le personnel devraient être laissés complètement libres en ce qui regarde ces questions et avoir ainsi la possibilité d'abuser de leurs pouvoirs. L'autorité conférée par l'alinéa 41(2)c) est limitée aux situations dans lesquelles un membre considère que la mesure visée est «raisonnable» soit pour déceler la présence d'objets détenus illégalement soit pour assurer le bon ordre au sein de l'institution. À mon avis, de telles fouilles doivent toujours être pratiquées de bonne foi. Elles ne peuvent avoir pour but d'intimider, d'humilier ou de harceler les détenus ou de leur infliger une punition.

^c Mis à part la condition implicite que comporte la disposition réglementaire en l'espèce, selon laquelle celle-ci doit être appliquée en conformité avec ses buts, je ne suis pas prêt à en inférer qu'elle comporte d'autres conditions précises, ni à donner ^d à l'article 41.1 «une interprétation large» ou «une interprétation atténuée» permettant de satisfaire aux exigences constitutionnelles. Une telle solution serait incompatible avec la méthode approuvée par le juge Dickson [tel était alors son titre] dans ^e l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pages 168 et 169, et suivie par le juge Strayer dans l'affaire *Weatherall*, précitée, à la page 397, et par d'autres.

^f Il est vrai que la décision de la Cour d'appel dans *Weatherall* a restreint la portée du jugement du juge Strayer en première instance, en limitant l'ordonnance et le raisonnement relatif à ^g l'alinéa 41(2)c) aux faits révélés par la preuve et par les plaidoiries des parties. En fait, le Règlement a été déclaré invalide seulement dans la mesure où il visait la fouille à nu de détenus de sexe masculin en présence d'un gardien de sexe féminin, et non pas la fouille à nu en général. ^h Néanmoins, la décision du juge Strayer relativement à l'absence de critères, de normes ou de définition des circonstances régissant l'application de la disposition réglementaire en question dans cette affaire-là, est convaincante si on l'examine ⁱ dans le contexte de l'application de l'article 41.1 du Règlement en litige. Par analogie, il déduit de manière convaincante du raisonnement du juge Dickson (maintenant juge en chef) dans l'arrêt ^j *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité et du juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, ainsi que du raisonnement suivi dans des jugements

noble et nécessaire” in the French text, did not adequately provide standards that would ensure that a search would be reasonable within section 8 of the Charter. Thus it was invalid. That invalidity clearly underlies the decision of the Court of Appeal, though it limited the application of that decision to “cross-gender” strip searches of male inmates.

What sort of criteria might have been included in section 41.1? Is this a situation for prior approval by independent authority of the appropriateness of requesting a specimen? Prior authorization in circumstances where that is possible would appear to be a requirement of a valid search (*per* Dickson J. in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, at page 161), at least in a situation of search of an office. The same necessity, for prior authorization, was not considered appropriate by Strayer J. in *Weatherall* in relation to strip searches intended to detect contraband, for the evidence was clear that contraband could be disposed of fairly readily even in a prison setting if time were to be required for prior authorization. An alternative suggested was post search review by higher authority to minimize possibilities of abuse (*per* Stone J.A., in *Weatherall*, *supra*, [1989] 1 F.C. 18, at page 43). In Jackson’s case, even though no provision was made in the regulation itself for prior authorization, on the evidence presented, prior authorization of the required test was sought and obtained from a senior officer, a procedure that may have been designed to eliminate possibilities of abuse. That process would also take account of facts established in evidence that trace elements of drugs for which testing was done do not disappear from the body until some hours or even days following ingestion. Thus the pressures of time to acquire a sample would seem to be less than in the case of seeking to detect contraband carried by inmates. Indeed, in the case of an inmate like Jackson, whom it was decided should be tested for the presence of drugs as a result of his conduct, or that of others with whom he was considered to be associated, procedures might well provide not only for prior approval but also for an explanation of

américains qui font autorité, que parce qu’il ne formulait expressément aucune réserve ou critère, sauf par l’emploi de l’adjectif «*reasonable*» dans la version anglaise et des qualificatifs «*raisonnable et nécessaire*» dans la version française, l’alinéa 41(2)c) du Règlement en question dans cette affaire n’établissait pas de norme suffisante pour garantir que les fouilles ne seraient pas abusives au sens de l’article 8 de la Charte. Cette disposition était donc invalide. Son invalidité est manifestement confirmée par la Cour d’appel, bien que la décision de celle-ci soit limitée aux fouilles à nu de détenus de sexe masculin par des gardiennes.

Quel genre de critères auraient pu être inclus dans l’article 41.1? S’agit-il d’une situation dans laquelle l’opportunité d’exiger un échantillon devrait être approuvée au préalable par une autorité indépendante? L’autorisation préalable, dans les cas où elle peut être obtenue, semble être une condition de la validité d’une fouille ou d’une perquisition (le juge Dickson dans l’arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, à la page 161), du moins lorsqu’il s’agit d’une perquisition dans un bureau. Dans l’affaire *Weatherall*, le juge Strayer n’a pas estimé nécessaire l’autorisation préalable par rapport à des fouilles à nu visant à déceler la présence d’objets interdits, parce qu’il ressortait clairement de la preuve qu’il serait assez facile, dans le contexte carcéral, de se départir d’objets interdits pendant le délai nécessaire pour obtenir l’autorisation préalable. Un mécanisme de révision par des supérieures, après la fouille, aurait été une solution de rechange propre à réduire au minimum les possibilités d’abus (le juge Stone de la Cour d’appel dans l’arrêt *Weatherall*, précité [1989] 1 C.F. 18, à la page 43). Dans le cas de Jackson, bien que l’autorisation préalable n’ait pas été prévue dans le Règlement lui-même, il appert des témoignages entendus que l’autorisation préalable d’un supérieur avait été demandée et obtenue avant que soit exigée l’analyse d’urines, une façon de procéder qui visait peut-être à écarter les possibilités d’abus. Cette manière de procéder serait également justifiée par le fait, qui a été prouvé, que les éléments traces de drogues que l’analyse a pour but de détecter ne sont éliminés que quelques heures, voire quelques jours, après l’absorption des substances. Donc, lorsqu’il s’agit d’obtenir un échantillon, la situation serait moins pressante que lorsque l’on cherche à déceler la présence d’objets

the grounds upon which a required specimen is contemplated and an opportunity to permit response from the inmate affected before a decision is finally made that a test is to be required.

Whether these requirements would be appropriate must ultimately be left to the Commissioner and possibly the courts on a future occasion. They would not seem too far reaching in dealing with regulations to detect the presence of drugs in a urine specimen, in circumstances where there is reason to believe the inmate to be tested has ingested intoxicants, assuming my understanding of the technical aspects of testing is accurate. Other criteria or standards or applicable circumstances might be expressly included in regulations to provide for random testing or testing of known high risk groups, for the guidance of staff and inmates. Perhaps, as suggested by Strayer J. in *Weatherall*, some of the qualifications set out in directives, standing orders or policy documents of the Service might be included in regulations. As enacted, without any express criteria, other than considering it necessary, section 41.1 of the Regulations in my view does not meet the qualification that the law providing for the search be reasonable in order to meet the standards of section 8 of the Charter.

I emphasize that this conclusion deals with section 41.1 as it relates to the facts here raised in pleadings and in evidence where the required urine specimen is ordered for analysis because the inmate affected is considered to have ingested an intoxicant. The situation was referred to during the course of trial as one of reasonable cause. My conclusion does not relate directly to the other situations that would have been included in the overall plan of the Correctional Service for urinalysis testing if that plan were implemented, i.e.,

interdits sur la personne des détenus. En fait, dans le cas d'un détenu comme Jackson, que l'on avait décidé de soumettre à une analyse destinée à déceler la présence de drogues à cause de sa conduite, ou à cause de celle d'autres personnes avec lesquelles on estimait qu'il était en relations, la procédure pourrait bien exiger non seulement qu'on demande une autorisation au préalable mais également qu'on explique pourquoi on envisage d'exiger un échantillon et que l'on donne au détenu la possibilité d'être entendu avant que la décision définitive ne soit prise d'exiger une analyse d'urines.

Il appartiendra en dernière analyse au commissaire et peut-être aux tribunaux de décider, dans le cadre d'un autre litige, s'il serait opportun d'imposer ces exigences. Celles-ci ne semblent pas exorbitantes dans le cas d'un règlement qui a pour but de déceler la présence de drogues dans un échantillon d'urine lorsqu'on a des raisons de croire que le détenu en cause a absorbé des substances hallucinogènes, si je saisis bien les aspects techniques de l'analyse d'urines. D'autres critères ou normes ou circonstances définies pourraient être expressément inclus dans les dispositions réglementaires à titre d'information au profit du personnel et des détenus, afin qu'il soit possible de soumettre à une analyse des détenus choisis au hasard ou appartenant à un groupe à risque élevé. Peut-être, comme l'a proposé le juge Strayer dans l'affaire *Weatherall*, certaines des réserves dont sont assortis les directives, les ordres permanents ou les énoncés de politique du Service pourraient-elles être incluses dans le Règlement. Tel quel, sans critères explicites, sauf le fait pour un agent de juger la mesure nécessaire, l'article 41.1 du Règlement, à mon sens, ne saurait être considéré comme une loi raisonnable autorisant des fouilles et il ne satisfait donc pas aux exigences de l'article 8 de la Charte.

J'insiste sur le fait que cette conclusion vaut à l'égard de l'article 41.1 du Règlement dans la mesure où il se rapporte aux faits visés en l'espèce dans les plaidoiries et les témoignages, c'est-à-dire la situation où le détenu, dont on exige qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse, est soupçonné d'avoir absorbé une substance hallucinogène. Au cours du procès, on a affirmé qu'il s'agissait d'un cas où s'appliquerait la notion de motifs raisonnables. Ma conclusion ne concerne pas directement toutes les autres situations qui

random testing, testing of those with a history of involvement with drugs, and testing of those involved in community programs that provide significant contact opportunities with outsiders. None of those aspects of the planned program are directly before the Court in this case. They have been discussed but only by implication in light of the overall plans of the Service and its apparent determination that those be undertaken entirely under the authority of a reasonably brief, general regulation without standards, criteria or circumstances spelled out in any detail, leaving the Service free to vary or withdraw the program or aspects of it at will. A decision in relation to the regulation enacted as far as it relates to situations of reasonable cause to believe an inmate has ingested an intoxicant is not intended to reflect on the capacity of the Service to accomplish all the goals of its planned program. It does deal with the manner by which that program is implemented under one or more regulations properly drafted to include those circumstances, criteria or standards applicable to those goals which will provide some objective basis for all concerned to know the basis on which required specimens are to be ordered for urinalysis.

In considering the regulation here, or any others under which the Correctional Service might seek to pursue the goals of its urinalysis program, one must consider an assessment of the public interest in being left alone by government, that is, privacy, and the government's interest in intruding on individual privacy in order to advance its legitimate goals. The expectations of privacy may vary from one circumstance to another. They are less in dealing with customs requirements on entry to a country than in a home or an office (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495) and even less in a prison setting where surveillance is the order of the day (*Weatherall*, *supra*, and see also *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (Ct. App. N.Y. 1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (2nd Cir. 1979); *Hudson v.*

auraient été visées par le programme général d'analyse d'urines du Service correctionnel, si ce programme avait été mis en vigueur, c'est-à-dire l'examen des urines de détenus choisis au hasard, des urines de ceux qui ont déjà eu des démêlés avec la justice à cause des drogues et des urines de ceux qui participent à des programmes communautaires qui leur fournissent amplement la possibilité d'avoir des contacts avec des gens de l'extérieur. Aucun de ces aspects du programme prévu n'a été directement soumis à la Cour en l'espèce. Ceux-ci ont été discutés mais seulement de façon implicite à la lumière des programmes généraux du Service et de sa volonté manifeste de ne mettre ces programmes en application que sous le régime d'un règlement général, raisonnablement concis, sans normes, critères ou circonstances définis en détail, le Service ayant toute latitude pour modifier ou retirer le programme ou des aspects de celui-ci à volonté. Une décision concernant le règlement qui a été pris, dans la mesure où il a pour objet des situations dans lesquelles on est fondé à croire, pour un motif raisonnable, qu'un détenu a absorbé une substance hallucinogène, n'a pas trait à l'aptitude du Service à atteindre tous les objectifs du programme qu'il a conçu. À vrai dire, elle porte plutôt sur la manière dont ce programme est mis en vigueur conformément à un ou plusieurs textes réglementaires libellés de façon à préciser les circonstances, critères ou normes applicables à ces objectifs, permettant à tous les intéressés de connaître objectivement les motifs pour lesquels on pourra exiger que des échantillons d'urine soient fournis en vue d'une analyse.

Pour nous prononcer sur le règlement en litige, ou sur tout autre texte que le Service correctionnel pourrait invoquer pour accomplir les objectifs de son programme d'analyse d'urines, il faut mettre dans la balance le droit d'un particulier de ne pas être importuné, à savoir le droit à la vie privée, et le droit du gouvernement de s'immiscer dans sa vie privée pour réaliser des objectifs légitimes. L'attente en matière de vie privée peut varier selon les circonstances. L'attente est moins grande en ce qui concerne les exigences douanières pour entrer dans un pays qu'en ce qui a trait aux conditions pour entrer dans une maison ou dans un bureau (*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495) et elle est encore moins grande en milieu carcéral où une surveillance de tous les instants est exercée (*Weatherall*,

Palmer, 468 U.S. 517 (4th Cir. 1984)). In the circumstances of prison life the public interest of concern to government is the promotion of safety and security within penal institutions for the benefit of staff and inmates.

American jurisprudence, here cited, illustrates how mandatory urinalysis testing in another country has generally been viewed. The state's interest in promoting safety and security in penal institutions has generally been recognized as paramount over the limited expectation of privacy of individuals in the prison setting even with constitutional guarantees against certain forms of search and seizure, under the Fourth Amendment to the United States Constitution, a provision somewhat comparable to section 8 of the Charter in Canada, though different in its historic background and perceived purposes.

The appropriate balance between the public interest in safety and security in penal institutions and the public interest in recognizing expectations of privacy for inmates of institutions may differ in relation to various purposes of urinalysis programs. Thus constitutional requirements may differ where the purpose is to obtain evidence in the case of an inmate believed to have ingested intoxicants from those applicable where the purpose is random testing, the screening of high risk groups or those with significant community contacts.

For the defendants it was urged that in a given case, such as this, there may well be judicial deference for administrative decisions about the appropriate balance, a factor recognized by Stone J.A. in *Weatherall*, *supra*, ([1989] 1 F.C. 18, at page 42). Yet that deference cannot preclude judicial assessment, when the issue is raised, of whether the regulations under which the administrator acts are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

précitée; voir aussi *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (Ct. App. N.Y. 1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (2nd Cir. 1979); *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (4th Cir. 1984)). Dans le contexte carcéral, l'intérêt public commande que l'État veille à la sécurité dans les établissements pénitentiaires au profit tant du personnel que des détenus.

La jurisprudence américaine citée en l'espèce illustre le point de vue généralement adopté par les tribunaux au sujet des programmes obligatoires d'analyse d'urines dans un autre État. En règle générale, ils ont reconnu la primauté du droit de l'État d'assurer la sécurité dans les prisons sur l'attente limitée en matière de vie privée des personnes incarcérées, même en tenant compte des garanties constitutionnelles contre certains types de fouilles, de perquisitions et de saisies contenues dans le Quatrième Amendement à la Constitution des États-Unis, une disposition comparable dans une certaine mesure à l'article 8 de la Charte canadienne, bien que le contexte historique de son adoption et les buts qu'elle semble viser soient différents.

L'équilibre qu'il convient d'établir entre ces deux aspects de l'intérêt public, savoir, d'une part, le maintien de la sécurité dans les établissements pénitentiaires et, d'autre part, la reconnaissance du fait que les détenus ont des attentes en matière de vie privée, peut différer selon les objectifs que visent à atteindre les programmes d'analyse d'urines. Les normes constitutionnelles peuvent donc différer selon que l'on cherche à obtenir des éléments de preuve dans le cas d'un détenu dont on croit qu'il a absorbé des substances hallucinogènes, ou selon que l'on soumet à des analyses des détenus choisis au hasard, des détenus appartenant à des groupes à risque élevé ou des détenus qui ont beaucoup de contacts avec la collectivité.

On a fait valoir au nom des défendeurs que dans une affaire donnée, comme en l'espèce, les tribunaux peuvent laisser une certaine latitude aux administrateurs des prisons dans la recherche de l'équilibre approprié, ce qu'a reconnu le juge Stone de la Cour d'appel dans l'arrêt *Weatherall*, précité, [1989] 1 C.F. 18, à la page 42. Cette latitude ne peut pourtant pas empêcher les tribunaux de statuer sur la question de savoir, quand ils en ont été saisis, si le règlement qui confère à l'administrateur ses attributions est compatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*.

To reiterate, my conclusion in relation to issues raised concerning section 8 of the Charter is that section 41.1 of the *Penitentiary Service Regulations*, in so far as it provides for the requirement of a urine specimen for analysis from an inmate who is believed to have ingested an intoxicant, provides for an unreasonable search. It is thus contrary to section 8 of the Charter in this respect. This is because the regulation itself contains no standards, criteria, or circumstances relating to its application, for the guidance of staff or inmates, which would ensure that application is not unreasonable within the meaning of section 8.

Section 7

The plaintiff submits that a requirement that a urine specimen be provided is unlawful because section 41.1 of the Regulations violates section 7 of the Charter and is not saved by section 1. That conclusion was reached by Galipeau J. in *Dion, supra*.

Section 7 of the Charter provides:

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

Dion, supra, as noted earlier, deals with the same section of the Regulations as is questioned again in this case. In two other Canadian cases, the admission of evidence in criminal prosecutions from urine sample tests was in issue and in both the evidence was held admissible because the taking of the urine sample was held not to be unreasonable. In both cases it was taken from hospital vessels after collection from the accused. It was taken with consent of the accused in *R. v. Katsigiorgis* (1987), 62 O.R. (2d) 441 (C.A.), and without consent but after urine had been voided as a result of medical procedures in *R. v. L.A.R.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 268 (Man. C.A.). Neither of those cases directly assists resolution of the issues here.

In *Dion*, Galipeau J. dealt with argument related to sections 7 and 1 of the Charter. As I read his

Je le répète, quant aux questions soulevées au sujet de l'article 8 de la Charte, je conclus que l'article 41.1 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, dans la mesure où il permet que soit exigé d'un détenu dont on croit qu'il a absorbé une substance hallucinogène, qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse, autorise une fouille abusive. Il viole donc l'article 8 de la Charte à cet égard. Et cela pour la raison que le règlement lui-même ne contient pas de norme, de critère ni de définition des circonstances régissant son application, propres à guider le personnel ou les détenus, qui garantiraient que son application n'est pas abusive au sens de l'article 8.

L'article 7

Le demandeur soutient qu'il est illégal d'exiger qu'un échantillon d'urine soit fourni, parce que l'article 41.1 du Règlement viole l'article 7 de la Charte et n'est pas visé par l'exception prévue à l'article premier. C'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge Galipeau dans l'affaire *Dion* précitée.

L'article 7 de la Charte est ainsi libellé:

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

L'affaire *Dion*, précitée, nous l'avons vu, porte sur le même article du Règlement qui est contesté en l'espèce. Dans deux autres précédents canadiens, le litige avait trait à l'utilisation dans des poursuites pénales d'éléments de preuve obtenus par suite d'analyses d'urines et dans ces deux affaires, ces éléments ont été jugés recevables parce que le mode de prélèvement des échantillons n'avait pas été tenu pour abusif. Dans les deux cas, ils avaient été recueillis dans des récipients en usage à l'hôpital après que l'accusé les eut fournis. L'échantillon avait été obtenu avec le consentement de l'accusé dans l'affaire *R. v. Katsigiorgis* (1987), 62 O.R. (2d) 441 (C.A.), et sans son consentement mais après que les urines eurent été évacuées à l'occasion d'une intervention chirurgicale, dans *R. v. L.A.R.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 268 (C.A. Man.). Nous ne pouvons nous appuyer sur aucune de ces décisions pour trancher les questions litigieuses en l'espèce.

Dans l'affaire *Dion*, le juge Galipeau a analysé des arguments relatifs aux articles 7 et 1 de la

decision (as translated, 30 C.C.C. (3d) 108) the following are key elements in his conclusions.

1. The mandatory urine testing program provided by section 41.1 restricted the constitutional rights of inmates to liberty and to security of the person. (See: 30 C.C.C. (3d), at pages 115, 116, 118)

2. Considering the purposes of the regulations there would appear to be opportunity for legislative intervention consistent with principles of fundamental justice (30 C.C.C. (3d), at pages 118-119).

3. In the case of section 41.1 the restrictions upon liberty and security were not in accord with principles of fundamental justice for the regulation gave penitentiary officers arbitrary powers, without appropriate limitations or criteria, to require the provision of a sample for testing. Any inmate, whether or not he had ever taken intoxicants and whether or not he presented any danger of committing discipline breaches or acts linked to the absorption of intoxicants, could be required to provide a specimen for testing without any criteria for when or whether the requirement could be properly imposed; inmates would have no protection from potential abuse by arbitrary exercise of authority under the regulation (30 C.C.C. (3d), at pages 119-120).

4. The deprivation under the regulation was not a reasonable limit that could be justified in a free and democratic society within section 1 of the Charter (30 C.C.C. (3d), at page 125).

With respect I do not share one of the primary assumptions of Galipeau J., (at 30 C.C.C. (3d), pages 115-116) that is that a citizen, even a prisoner, has the right to moderately intoxicate himself and to deny this, subject to an obligation to provide a urine sample to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate at risk of punishment for failing to do so, limits fundamental rights to liberty and security of the person. While that may apply outside prison institutions, the

Charte. Après avoir lu son jugement ([1986] R.J.Q. 2196), j'ai extrait de ses conclusions les éléments essentiels suivants:

1. Le programme obligatoire d'analyse d'urines prévu à l'article 41.1 du Règlement porte atteinte au droit des détenus à la liberté et à la sécurité de leur personne qui est garanti par la Constitution. (R.J.Q., aux pages 2201 et 2202)

2. Étant donné le but du règlement, il semble que l'intervention du législateur soit conforme aux principes de justice fondamentale (R.J.Q. aux pages 2202 et 2203).

3. Quant à l'article 41.1 du Règlement, les restrictions au droit à la liberté et à la sécurité n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale parce que le texte réglementaire attribuait aux agents du pénitencier des pouvoirs arbitraires, non assortis de limitations ou de critères appropriés, leur permettant d'exiger que soit fourni un échantillon en vue d'une analyse. Tout détenu, qu'il ait ou non jamais consommé de substances hallucinogènes et qu'il ne présente ou non aucun danger de commettre des actes d'indiscipline ou des actes découlant de l'absorption de substances hallucinogènes, pourrait être obligé à fournir un échantillon en vue d'une analyse sans que soit énoncé aucun critère selon lequel on pourrait décider à quel moment et pour quelle raison pareille mesure serait nécessaire; les détenus ne jouiraient d'aucune protection contre les abus pouvant découler de l'exercice arbitraire du pouvoir conféré par le règlement (R.J.Q., aux pages 2203 et 2204).

4. L'atteinte autorisée par le règlement ne constituait pas une limite raisonnable qui peut être justifiable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte. (R.J.Q., à la page 2207)

Je ne saurais souscrire aux prémisses du juge Galipeau (R.J.Q., à la page 2202) selon lesquelles tout citoyen, même le prisonnier, a le droit de s'intoxiquer modérément, et selon lesquelles porter atteinte à ce droit, en l'obligeant à fournir un échantillon d'urine destiné à déceler la présence d'une substance hallucinogène dans son organisme sous peine de sanctions disciplinaires, limite son droit fondamental à la liberté et à la sécurité de sa personne. Cela est peut-être vrai pour le citoyen

regime within those institutions is very different. Inside, surveillance and denial of ordinary liberties is the order of the day, privacy is limited and not much is expected, and inmates may possess and may consume only what is authorized or provided and anything else in their possession is considered contraband, subject to forfeiture when found.

The plaintiff here urges that the decision in *Dion* be respected and followed and further, aside from that decision, section 41.1 when measured by the tests now developed for considering claims in relation to section 7 of the Charter is in breach of that provision.

The defendants urge that the decision of Galipeau J. in *Dion* not be followed, that it should now be read in light of the decision of the Court of Appeal in *Weatherall*, *supra*, and of the Supreme Court of Canada in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. Further, it is urged the regulation here does not deprive an inmate of rights to liberty or security of the person in a manner contrary to the principles of fundamental justice, but even if it should be found to do so any limitation on rights of the inmate is consistent with the application of section 1 of the Charter, as a reasonable limit “demonstrably justified in a free and democratic society”.

To resolve these differences I propose to consider the implications of later cases for *Dion* and to assess section 41.1 of the regulations in light of the process now well established by decisions of the Supreme Court for considering claims relating to section 7 of the Charter. See generally, *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30.

I first deal with the defendants' suggestion that decisions in *Weatherall* and *Beare*, *supra*, affect the decision in *Dion*. In *Weatherall* at trial Strayer

libre, mais il en va tout autrement du régime pénitentiaire. À l'intérieur des murs de la prison, la surveillance et la privation des libertés ordinaires sont pratiquées de façon constante, la vie privée est limitée et l'on a peu d'attentes; les détenus ne peuvent avoir en leur possession et consommer que ce qui est autorisé ou fourni et tout autre objet en leur possession est considéré comme interdit et susceptible de confiscation.

Le demandeur fait valoir en l'espèce qu'il y a lieu de suivre la décision *Dion* et que, cette décision mise à part, l'article 41.1 du Règlement viole l'article 7 de la Charte si on l'apprécie selon les critères maintenant reconnus relativement aux droits garantis par cette disposition.

Les défendeurs font valoir qu'il n'y a pas lieu de suivre la décision du juge Galipeau dans l'affaire *Dion* et qu'il y a lieu d'interpréter cette décision à la lumière des arrêts de la Cour d'appel dans l'affaire *Weatherall*, précitée et de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. En outre, ils font valoir que la disposition réglementaire en litige ne porte pas atteinte au droit du détenu à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui transgresse les principes de justice fondamentale, et que même si le tribunal en arrivait à la conclusion contraire, la restriction des droits du détenu est compatible avec l'application de l'article premier de la Charte, parce qu'elle constitue une limite raisonnable «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Pour résoudre ce différend, je vais examiner les répercussions de la jurisprudence postérieure sur le jugement *Dion* et apprécier l'article 41.1 du Règlement à la lumière des critères maintenant bien établis par les arrêts de la Cour suprême relativement à l'étude des questions touchant l'article 7 de la Charte. Voir, de façon générale, *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

Je vais d'abord étudier l'argument des défendeurs qui veut que les arrêts *Weatherall* et *Beare* précités aient une incidence sur le jugement *Dion*.

J. held that section 7 of the Charter had no application to the issues before him which he held related clearly to section 8. The defendants submit a similar distinction might be drawn here. That submission I decline to accept because the circumstances here differ. Here there was no actual search of Jackson because he declined to provide a urine specimen. Instead, he was subject to disciplinary proceedings, with the possibility of serious penalties as though the search had proceeded and his urine specimen had tested positive for the presence of an intoxicant. It is true those proceedings were for failure to obey the order to provide a specimen, but those proceedings were a direct consequence of the requirement of a search. Disciplinary proceedings affect the liberty of the plaintiff, a right to which he is assured, with some qualifications, under section 7. Because of the direct link between disciplinary proceedings for failure to obey an order to provide a specimen, i.e. to permit a search, it seems to me appropriate in this case to consider section 41.1 in relation to section 7, as well as section 8, of the Charter.

On behalf of the defendants counsel also submitted that the decision of the Court of Appeal in *Weatherall* had additional implications for the decision in *Dion*. The Court of Appeal, it is said, upheld the validity of paragraph 41(2)(c) there in question except in so far as it provided for "cross gender" strip searches of male inmates. It is true that the Court of Appeal limited the declaration of Strayer J. to the facts there pleaded and proved at trial. The basis of the decision at trial in *Weatherall* was Strayer J.'s finding that the regulation violated section 8 of the Charter because it included no standards or criteria to which it was to be applied. This reasoning surely underlies the decision of the Court of Appeal limiting the decision to the facts and pleadings in the case but which did not differ from the basic reasoning of Strayer J. I do not agree that the decision of the Court of Appeal in *Weatherall* significantly modifies the effect of the decision in *Dion*.

En première instance dans l'affaire *Weatherall*, le juge Strayer a décidé que l'article 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux questions dont il était saisi et au sujet desquelles il a conclu qu'elles mettaient clairement en jeu l'article 8. Les défendeurs soutiennent qu'il y a lieu d'établir une distinction semblable en l'espèce. Je n'admets pas cet argument parce que les circonstances sont différentes. En l'espèce, Jackson n'a pas été fouillé parce qu'il a refusé de fournir un échantillon d'urine. Il a plutôt fait l'objet d'audiences disciplinaires et il était passible de sanctions sévères, tout comme s'il y avait eu une fouille et si les résultats de l'analyse d'urines avaient révélé la présence d'une substance hallucinogène. Il est vrai que ces audiences portaient sur l'omission d'obéir à l'ordre reçu de fournir un échantillon, mais elles découlaient directement de l'obligation de se soumettre à une fouille. Les audiences disciplinaires affectent la liberté du demandeur, droit qui lui est garanti, avec certaines réserves, par l'article 7. Étant donné le lien direct entre les audiences disciplinaires et l'omission d'obéir à l'ordre de fournir un échantillon, c'est-à-dire de permettre qu'une fouille soit effectuée, il me semble à propos dans cette affaire d'examiner l'article 41.1 du Règlement par rapport aux dispositions de l'article 7 ainsi que de l'article 8 de la Charte.

L'avocat des défendeurs a également soutenu que la décision de la Cour d'appel dans *Weatherall* avait d'autres conséquences pour la décision *Dion*. Selon lui, la Cour d'appel a confirmé la validité de l'alinéa 41(2)(c) du Règlement litigieux excepté dans la mesure où il permettait la fouille à nu des détenus de sexe masculin par des gardiennes. Il est vrai que la Cour d'appel a limité la portée du jugement déclaratoire du juge Strayer aux faits exposés dans les plaidoiries et prouvés au procès. En première instance dans *Weatherall*, le juge Strayer est arrivé à sa décision après avoir conclu que le règlement violait l'article 8 de la Charte parce qu'il n'établissait aucune norme ou critère pour son application. Le même raisonnement sert certainement de base à la décision de la Cour d'appel limitant le jugement aux faits et plaidoiries de la cause mais il ne diffère pas pour l'essentiel du raisonnement du juge Strayer. Je n'accepte pas l'argument voulant que l'arrêt de la Cour d'appel dans *Weatherall* modifie de façon importante l'effet du jugement *Dion*.

In *R. v. Beare, supra*, the Supreme Court unanimously upheld subsections 453.3(3) and 455.5(5) of the *Criminal Code* and the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, which provided for the mandatory taking of fingerprints of a person arrested and charged, but not yet convicted, of certain criminal offences. Mr. Justice La Forest for the Court, acknowledged that the provisions detracted in a comparatively minor way from the security of persons affected, and he noted the importance of a variety of purposes served by the legislation. He found that any deprivation of security was in accord with principles of fundamental justice ([1988] 2 S.C.R. 387, at page 413). *R. v. Beare*, of course, deals with a situation different in an important respect from that facing Jackson. There the persons required to be fingerprinted were not only believed to have committed a crime, but were actually charged with offences though not yet convicted, while here Jackson was not charged with any offence at the time the requirement of a urine specimen was ordered.

I have earlier pointed to my different view of the background of the prison setting from that assumed by Galipeau J. in his decision. For different reasons, however, I do share his view that the regulation here, coupled with the practice established by standing orders for disciplinary action for failure to provide a specimen when ordered to do so, does constitute a deprivation of fundamental rights of inmates to liberty and security of the person. Further, I agree with Galipeau J. that the deprivation here is not in accord with principles of fundamental justice.

In *R. v. Morgentaler, supra*, Dickson C.J., discussing claims in relation to section 7 said (at page 56):

The case law leads me to the conclusion that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitute a breach of security of the person. It is not necessary in this case to determine whether the right extends further, to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy, or interests unrelated to criminal justice.

Dans l'arrêt *R. c. Beare*, précité, la Cour suprême a confirmé à l'unanimité la validité des paragraphes 453.3(3) et 455.5(5) du *Code criminel*, ainsi que de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1, aux termes desquels pouvait être soumise à la prise d'empreintes digitales une personne qui avait été arrêtée et inculpée de certains actes criminels, mais n'avait pas encore été déclarée coupable. Au nom de la Cour, le juge La Forest a reconnu que les dispositions ne portaient atteinte que d'une manière relativement négligeable à la sécurité des personnes visées et il a fait remarquer que la législation servait à diverses fins importantes. Il a conclu que l'atteinte au droit à la sécurité de la personne ne violait pas les principes de justice fondamentale ([1988] 2 R.C.S. 387, à la page 413). L'arrêt *R. c. Beare* traite bien sûr d'une situation différente de celle de Jackson, sous un aspect important. Dans cette affaire-là, non seulement il y avait lieu de croire que les personnes soumises à la prise d'empreintes digitales avaient commis un crime mais elles avaient été inculpées d'infractions, bien qu'elles n'eussent pas encore été déclarées coupables, tandis que Jackson en l'occurrence n'était inculpé d'aucune infraction au moment où on lui a donné l'ordre de fournir un échantillon d'urine.

J'ai déjà souligné le fait que mon opinion au sujet du contexte carcéral diffère des prémisses de la décision du juge Galipeau. Toutefois, je suis d'avis comme lui, pour des raisons différentes, que le règlement litigieux, dont l'application est combinée à la prise de sanctions disciplinaires conformément aux ordres permanents en cas d'omission de fournir un échantillon en dépit d'un ordre reçu, constitue une atteinte aux droits fondamentaux des détenus à la liberté et à la sécurité de leur personne. En outre, je partage le point de vue du juge Galipeau selon lequel cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, précité, le juge en chef Dickson, qui analysait des questions relatives à l'article 7, a dit ce qui suit, à la page 56:

La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.

To require an inmate to provide a specimen of urine for purposes of testing for trace elements of intoxicants, as section 41.1 provides, is in my view, an interference with bodily integrity. Urinalysis may reveal health or other conditions beyond the indications sought for traces of unauthorized intoxicants. In many cases requiring a specimen for testing aside from health reasons might lead to a measure of psychological stress, particularly where, as here, the procedure for collecting the sample involves direct observation by another. The requirement deprives the inmate concerned of security of his or her person. To require this or risk punishment for failure to comply with an order, as practice under standing orders for disciplinary proceedings here provides, is also an interference with the liberty of the person.

While there is but a limited privacy and protection of bodily integrity and expectation of those in the prison setting, what remains, including freedom from state examination of bodily wastes without consent, ought not to be taken away except in accord with principles of fundamental justice. Here the absence of criteria for requiring a specimen, while that may not lead to abuse by reasonable staff members, provides no standards for determining when abuse arises, it is not tied to reasonable and probable cause even where that is the basis on which the requirement is ordered, or to any other standard or circumstance that would reasonably support the requirement in light of its explained purposes. No provision is made for advising the inmate why the specimen is required, or for the inmate, in circumstances such as those relied upon here where a staff member believes or suspects the inmate has consumed an intoxicant, to explain his conduct or action before a decision is finally made to require the specimen.

Exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urine destiné à détecter les éléments traces de substances hallucinogènes, comme le permet l'article 41.1 du Règlement, constitue, à mon sens, une atteinte à l'intégrité corporelle. L'analyse d'urines peut fournir d'autres renseignements, notamment sur l'état de santé, en plus de permettre de vérifier la présence d'éléments traces de substances hallucinogènes non autorisées. Dans bien des cas, l'obligation de fournir un échantillon en vue d'une analyse, pour des raisons autres que médicales, pourrait causer dans une certaine mesure une tension psychologique, surtout dans les cas où, comme en l'occurrence, l'échantillon doit être fourni sous surveillance directe. Cette obligation faite au détenu porte atteinte à la sécurité de sa personne. Et comme elle est assortie de sanctions pour omission d'obéir à un ordre, suivant la pratique établie sous le régime des ordres permanents relatifs aux audiences disciplinaires, elle porte aussi atteinte à sa liberté.

Certes, le droit à la vie privée et à la protection de l'intégrité corporelle est limité en milieu carcéral et l'attente à cet égard est elle aussi limitée, mais le peu qui existe, y compris le droit du détenu d'interdire à l'État d'examiner ses excréments sans son consentement, ne devrait pas être écarté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. En l'espèce, du fait qu'il n'y a pas de critères suivant lesquels un échantillon peut être exigé, quoique cela n'entraîne peut-être pas d'abus de la part des membres raisonnables du personnel, aucune norme n'est établie qui permette de déterminer en quoi consisterait un abus; il n'est pas question de motifs raisonnables et probables, même dans le cas où l'ordre donné serait fondé sur de tels motifs, ni d'aucune autre norme ou circonstance qui justifierait raisonnablement l'ordre ainsi donné à la lumière des objectifs poursuivis, tels qu'expliqués. La disposition ne précise pas qu'il faut informer le détenu des raisons pour lesquelles l'échantillon est exigé, et elle ne donne pas la possibilité au détenu, dans des circonstances où, comme en l'occurrence, un membre du personnel croit ou soupçonne que le détenu a consommé une substance hallucinogène, d'expliquer sa conduite ou son action avant que la décision d'exiger l'échantillon ne soit prise définitivement.

Without reference to any objective criteria, section 41.1 does not permit officers or inmates to know the circumstances in which a urine sample may be required. I conclude that section 41.1 of the Regulations, in so far as it authorizes a requirement for an inmate to provide a urine specimen where it is believed the inmate has ingested an intoxicant, contravenes section 7 of the Charter. This is because the restrictions on rights to liberty and security of the person are not, in the absence of standards or criteria or applicable circumstance, in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 1

The next issue relating to the Charter concerns the application of section 1. At trial the defendants submitted that if the Court were to find that the plaintiff's rights under section 8 or section 7 had been restricted contrary to the Charter, then any restriction was valid in the circumstances revealed in this case as a reasonable limit prescribed by law demonstrably justified in a free and democratic society, as section 1 provides. As is now well established the onus of establishing that is on the defendants.

While conceding that the relationship between section 8 and section 1 of the Charter has not been authoritatively determined, the defendants submit that application of section 1 may, in appropriate cases, support restrictions on rights under sections 8 and 7 that would otherwise be unconstitutional. In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, Mr. Justice Dickson, as he was then, speaking for the Supreme Court ([1984] 2 S.C.R. 145, at page 169) left open the question of the relationship between sections 8 and 1 since it had not there been argued. In *R. v. Simmons*, *supra*, Dickson C.J., for the majority, found a violation of section 8 arising, not from the terms of the customs law there in issue, but from the manner in which a search had been carried out by action of the customs officers concerned. That sort of infringement of section 8 could not be saved by application of section 1 which relates only to those situations

Faute d'énoncer des critères objectifs, l'article 41.1 ne permet pas aux agents ni aux détenus de connaître les circonstances dans lesquelles un échantillon d'urines peut être exigé. Je conclus que l'article 41.1 du Règlement, dans la mesure où il autorise un agent à exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urine s'il croit que celui-ci a absorbé une substance hallucinogène, contrevient à l'article 7 de la Charte. Et cela parce que les restrictions du droit à la liberté et à la sécurité, à défaut de normes, de critères ou de définition des circonstances où elles sont applicables, ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale.

L'article premier

La prochaine question relative à la Charte concerne l'application de l'article premier. Au procès, les défendeurs ont soutenu que si la Cour concluait que les droits du demandeur aux termes des articles 8 ou 7 ont été restreints d'une manière non conforme à la Charte, cette restriction était tout de même valide dans les circonstances de cette affaire, parce qu'il s'agissait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier. Selon le principe maintenant bien établi, il incombe aux défendeurs de faire la preuve à cet égard.

Bien qu'ils concèdent que le rapport entre l'article 8 et l'article premier de la Charte n'a pas encore fait l'objet d'une décision qui fasse autorité, les défendeurs soutiennent que l'article premier peut avoir pour effet, lorsque la chose est opportune, de justifier des restrictions des droits prévus aux articles 8 et 7, qui seraient autrement inconstitutionnelles. Dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* précité, le juge Dickson, alors juge puîné, qui s'exprimait au nom de la Cour suprême ([1984] 2 R.C.S. 145, à la page 169), s'est abstenu de trancher la question du rapport entre les articles 8 et premier parce que ce rapport n'avait pas fait l'objet des débats. Au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Simmons* précité, le juge en chef Dickson a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 8, non pas en raison du texte de la loi sur les douanes qui était contesté, mais à cause de la manière dont la fouille avait été effectuée par les agents des douanes. Ce type de transgression de l'article 8 ne pouvait pas être justifié en vertu de

where the limitation on rights declared is one "prescribed by law".

In *R. v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.), Martin J.A., for the Court concluded that provisions of the *Narcotic Control Act* [R.S.C. 1970, c. N-1] and of the *Food and Drugs Act* [R.S.C. 1970, c. F-27] authorizing the search of a dwelling under a writ of assistance violated section 8 of the Charter. Turning then to the question of section 1 of the Charter, which was not argued as a basis for justifying a search in that case, he said, by way of *obiter* (at pages 667-668):

... since I have already held that the provisions of s. 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act* and s. 37(1)(a) of the *Food and Drugs Act* are *unreasonable* and contravene s. 8 in so far as they authorize the search of a dwelling under a writ of assistance, I would have great difficulty in concluding that the legislation is justifiable under s. 1 as a *reasonable* limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

A similar difficulty in principle of reconciling those laws held to be unconstitutional under section 7 because they violate principles of fundamental justice with a conclusion that the laws might be justifiable as reasonable under section 1, has been identified by Madame Justice Wilson, speaking for herself in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 523. She said:

Section 7 does not, however, affirm a right to the principles of fundamental justice *per se*. There must first be found an impairment of the right to life, liberty or security of the person. It must then be determined whether that impairment has been effected in accordance with the principles of fundamental justice. If it has, it passes the threshold test in s. 7 itself but the Court must go on to consider whether it can be sustained under s. 1 as a limit prescribed by law on the s. 7 right which is both reasonable and justified in a free and democratic society. If, however, the limit on the s. 7 right has been effected through a violation of the principles of fundamental justice, the enquiry, in my view, ends there and the limit cannot be sustained under s. 1. I say this because I do not believe that a limit on the s. 7 right which has been imposed in violation of the principles of fundamental justice can be either "reasonable" or "demonstrably justified in a free and democratic society".

l'article premier parce que celui-ci ne vise que les cas où des droits énoncés sont restreints par «une règle de droit».

Dans l'arrêt *R. v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.), le juge Martin, J.C.A., au nom de la Cour, a conclu que les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* [S.R.C. 1970, chap. N-1] et de la *Loi des aliments et drogues* [S.R.C. 1970, chap. F-27] autorisant la fouille d'une habitation conformément à un mandat de main-forte violaient l'article 8 de la Charte. Traitant ensuite de la question de l'article premier de la Charte, qui n'avait pas été invoqué pour justifier une fouille dans cette affaire-là, il a émis l'opinion incidente qui suit (aux pages 667 et 668):

[TRADUCTION] ... puisque j'ai déjà décidé que les dispositions de l'al. 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants* et de l'al. 37(1)a) de la *Loi des aliments et drogues* sont *abusives* et transgressent l'art. 8 dans la mesure où elles autorisent la fouille d'une habitation conformément à un mandat de main-forte, j'aurais beaucoup de difficulté à conclure que la législation est justifiable aux termes de l'article premier parce qu'elle établit une limite *raisonnable* dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 523, le juge Wilson, qui exprimait son point de vue personnel, a fait état de la même difficulté qui se pose en principe lorsqu'on cherche à concilier, d'une part, les textes de loi déclarés inconstitutionnels sous le régime de l'article 7, parce qu'ils violent les principes de justice fondamentale, et d'autre part, une conclusion portant qu'ils pourraient être justifiables s'ils étaient tenus pour raisonnables aux termes de l'article premier:

Cependant, l'art. 7 n'énonce pas un droit à la protection accordée par les principes de justice fondamentale comme tels. On doit d'abord conclure qu'il y a eu atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et ensuite déterminer si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Si elle l'est, elle satisfait alors au critère premier de l'art. 7 lui-même, mais la Cour doit passer à l'examen de la question de savoir si elle peut être maintenue en vertu de l'article premier, comme restreignant par une règle de droit le droit garanti à l'art. 7, dans des limites qui soient à la fois raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Toutefois, si la limite au droit garanti par l'art. 7 résulte d'une violation des principes de justice fondamentale, j'estime que l'examen se termine là et que la limite ne peut être maintenue en vertu de l'article premier. J'affirme cela parce que je ne crois pas qu'une limite au droit garanti par l'art. 7, qui a été imposée contrairement aux principes de justice fondamentale puisse être «raisonnable» ni que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

The difficulties of reconciling principles referred to by Martin J.A. in *R. v. Noble, supra*, and by Wilson J. in the *Re B.C. Motor Vehicle Act* case, *supra*, are presented for resolution in this case when one considers the possible application of section 1 as outlined in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, *per* Dickson, C.J. at pages 138-139, and other cases. In applying section 1, two central criteria are essential if a limitation on Charter rights is to be held reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the objective to be served by the limitation must be sufficiently important that it warrants overriding a constitutionally protected right or freedom, indeed the objective must relate to societal concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society. Second, the party invoking section 1 must show the means adopted to be reasonable and demonstrably justified, a proportionality test that requires a balancing of the interests of society with those of individuals and groups. The proportionality test has three components. The measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question, and rationally connected to the objective. They must impair the right or freedom as little as possible. There must be a proportionality between the effects of the measures and the objective.

In seeking to assess section 41.1 in light of section 1 of the Charter it is well to recall that it is the text of that regulation itself which constitutes the law, and the limitation on rights and freedoms provided by sections 8 and 7 of the Charter. We have earlier referred to the purposes or objectives of this regulation as identified by evidence at trial from the testimony of Harvey and documents introduced through his examination.

I find that the evidence clearly indicates that unauthorized intoxicants in the prison setting create very serious problems including a greater risk and level of violence that affects the safety and security of prison institutions for both staff

Les difficultés de concilier les principes dont font mention le juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Noble* précité et le juge Wilson dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* précitée doivent être résolues en l'espèce si l'on envisage d'appliquer l'article premier suivant les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par le juge en chef Dickson, aux pages 138 et 139 et dans d'autres décisions. Pour l'application de l'article premier, il est essentiel de satisfaire à deux critères fondamentaux si l'on veut établir qu'une restriction des droits garantis par la Charte est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En premier lieu, l'objectif que vise à servir la restriction doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, et de fait il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. En deuxième lieu, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens retenus sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer, et donc satisfaire à un critère de proportionnalité selon lequel il faut sopeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. Le critère de proportionnalité comporte trois éléments. Les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif. Elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures et l'objectif.

En appréciant l'article 41.1 du Règlement à la lumière de l'article premier de la Charte, il est bon de ne pas oublier que c'est le texte de ce règlement lui-même qui constitue la règle de droit, ainsi que la limite apportée aux droits et libertés garantis par les articles 8 et 7 de la Charte. Nous avons déjà fait mention des buts ou objectifs de ce règlement tels qu'établis par la preuve produite au procès, soit par le témoignage de Harvey et les documents déposés au cours de son interrogatoire.

À mon avis, il ressort de toute évidence de la preuve que les substances hallucinogènes interdites dans les établissements pénitentiaires créent de très graves problèmes, entre autres en augmentant le risque et le degré de violence qui menacent la

and inmates. I am prepared to accept on the evidence before me that this presents societal concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society. I am prepared to accept as well that among the purposes or objectives to be served by section 41.1 as enacted was to control and ultimately reduce these concerns and to improve safety and security within the institutions. I do point out that the purposes of the regulation do not appear, and are not referred to by incorporating words, in the text of the regulation itself.

Counsel for the plaintiff, while prepared to accept that the ultimate objective of the regulation was important, i.e. controlling drugs to improve safety and security within institutions, also suggested that it might not be more pressing and substantial within institutions than it was in society as a whole. If it were necessary to assess that suggestion I would be prepared to accept, for purposes of determining the applicability of section 1 in this case, that the objective is more pressing within the prison setting because by its nature the population of inmates includes a very high proportion of persons who have demonstrated tendencies to violence, a special circumstance that may warrant different programs, not merely incarceration and surveillance, than would be introduced for the population at large outside the prison system.

For the record I also note that evidence in this case supports the conclusion that measures similar to those planned for the Correctional Service to deter and detect unauthorized consumption of drugs and intoxicants are not unusual in other free and democratic societies. The evidence of witnesses Willette and Davis provide both a general background about compulsory urinalysis testing in prison institutions in the United States, and specific information including satisfactory results about the programs in place for more than a decade in federal penal institutions in the United States. Counsel for the defendants also submitted published information surveying the status of compulsory urinalysis testing programs in state prison systems in the United States, evidence which I

sécurité et la sûreté de ces établissements tant pour le personnel que pour les détenus. Je suis disposé à reconnaître, au vu de la preuve produite, que cela donne lieu à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. Je suis aussi prêt à admettre que, parmi les buts ou les objectifs que vise à servir l'article 41.1 du Règlement tel que conçu, figurait l'objectif de limiter et finalement de réduire ces préoccupations et d'améliorer la sûreté et la sécurité dans les établissements. Je tiens à souligner le fait que les buts du règlement ne sont pas énoncés, et ne sont pas inclus par renvoi, dans le texte du règlement lui-même.

Tout en étant prêt à reconnaître que l'objectif premier du règlement était important, savoir la prévention de l'usage des drogues en vue de l'amélioration de la sûreté et de la sécurité dans les établissements, l'avocat du demandeur a également avancé qu'il n'était peut-être pas plus urgent et réel à l'intérieur des établissements que dans la société en général. S'il était nécessaire d'examiner cette proposition, je serais disposé à admettre, dans le cadre de l'examen de l'applicabilité de l'article premier dans le cas qui nous occupe, que l'objectif est plus urgent dans le contexte carcéral parce que l'univers carcéral est peuplé d'une très forte proportion de personnes qui ont des tendances avérées à la violence, une circonstance particulière qui peut justifier la prise de mesures différentes, outre la simple incarcération et la surveillance, de celles qui seraient employées à l'égard de la population dans son ensemble.

Je signale également, pour les besoins de la Cour, que la preuve en l'espèce nous autorise à conclure que des mesures semblables à celles qui étaient prévues au sein du Service correctionnel, à titre dissuasif et afin de déceler la consommation non autorisée de drogues et de substances hallucinogènes, ne sont pas exceptionnelles dans d'autres sociétés libres et démocratiques. Les témoignages de Willette et de Davis nous renseignent sur le contexte général des programmes obligatoires d'analyse d'urines dans les établissements pénitentiaires américains et nous fournissent des renseignements précis, entre autres sur les résultats satisfaisants obtenus dans le cadre des programmes en vigueur depuis plus de dix ans dans les prisons fédérales américaines. L'avocat des défen-

accept, not necessarily as proof of its detailed references but as evidence of general practice in a range of states which, like the federal country they comprise, constitute free and democratic societies.

That general practice is also shown through reference to judicial precedents upholding compulsory urinalysis testing as not inconsistent with the Fourth Amendment, not only in the prison setting for inmates (see: *Jensen v. Lick*, *Spence v. Farrier*, *Peranzo v. Coughlin*, *supra*) but also for employees of prison systems (*McDonell v. Hunter*, *supra*), customs employees (*National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987), upheld in part (1989) Ct. No. 86-1879 (U.S.S.C.)), railway operating employees (*Skinner v. Railway Labor Executives' Assn.*, 103 L.Ed 2d 639 (1989)), staff of the F.B.I. (*Mack v. U.S., F.B.I.*, 653 F.Supp. 70 (S.D.N.Y. 1986); appeal dismissed 814 F.2d 120 (2nd Cir. 1987)) and for jockeys and others engaged in state controlled horse racing (*Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d. 1136 (3rd Cir. 1986)).

In my view the first of the requirements of section 1 of the Charter are met by section 41.1, that is, that the objectives of the section, its purposes as adduced in evidence, relate to societal concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society. Those objectives may warrant overriding constitutionally protected rights or freedoms by appropriate means.

When we come to consider the means here adopted we are in difficulty in light of section 1 of the Charter. The proportionality test is not here readily met. The defendants submit that the means here selected in a general sense, compulsory urinalysis testing, are appropriate, that they are less intrusive and more effective than other means that might have been adopted, such as blood tests. It is argued that other means, through searching, are demonstrably not effective, and that urinalysis is

deurs a également produit des données publiées concernant les programmes obligatoires d'analyse d'urines dans les prisons de divers États américains; j'accepte cette preuve qui atteste, non pas nécessairement les faits circonstanciés dont elle fait état, mais bien la pratique générale suivie dans un certain nombre d'États qui, comme la fédération dont ils sont membres, constituent des sociétés libres et démocratiques.

L'existence de cette pratique générale est également établie par la jurisprudence qui a été citée et qui confirme que les programmes obligatoires d'analyse d'urines ne sont pas incompatibles avec le Quatrième Amendement, non seulement dans le cas des détenus (voir: *Jensen v. Lick*, *Spence v. Farrier*, *Peranzo v. Coughlin*, précités), mais également en ce qui concerne les employés des établissements pénitentiaires (*McDonell v. Hunter*, précité), les agents des douanes (*National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987), confirmé en partie par (1989) Ct. No. 86-1879 (U.S.S.C.)), les préposés à l'exploitation des chemins de fer (*Skinner v. Railway Labor Executives' Assn.*, 103 L.Ed. 2d 639 (1989)), les employés du F.B.I. (*Mack v. U.S., F.B.I.*, 653 F.Supp. 70 (S.D.N.Y. 1986); appel rejeté 814 F.2d 120 (2nd Cir. 1987)) et les jockeys et les autres employés des hippodromes réglementés par l'État (*Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d. 1136 (3rd Cir. 1986)).

À mon avis, l'article 41.1 du Règlement satisfait au premier des critères de l'article premier de la Charte, c'est-à-dire que les objectifs fixés par cette disposition réglementaire, ses buts tels qu'établis par la preuve, se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. Ces objectifs peuvent justifier la suppression de droits ou libertés garantis par la Constitution, si les moyens retenus sont appropriés.

L'examen des moyens adoptés en l'occurrence présente quelques difficultés dans le contexte de l'interprétation de l'article premier de la Charte. Ces moyens ne satisfont pas facilement au critère de proportionnalité. Les défendeurs soutiennent que les moyens choisis en l'espèce, soit l'analyse d'urines obligatoire, sont d'une manière générale appropriés, qu'ils constituent une atteinte moins grave et sont plus efficaces que les autres moyens qui auraient pu être choisis, comme les prises de

less intrusive but much more effective than strip searching. The success experienced through urinalysis testing programs in United States prisons, in achieving the goals which the Correctional Service here seeks, is a matter of record. Finally, it is submitted that the standard or criterion included in section 41.1, that is a standard of necessity, is a "reasonable" standard within the meaning of section 1 of the Charter.

For the plaintiff counsel submits that the absence of any limitation in the regulation on what is in effect an absolute discretionary power of a correctional officer is not a reasonable limitation within section 1. The regulation is said to be too vague and indefinite to permit assessment in relation to section 1, essentially I assume because it is implied that one cannot assess its proportionality to the objective of the regulation. Absent any standard or criteria or circumstance in the regulation for its application, it is open to arbitrary application and thus cannot qualify as reasonable.

Two cases, each dealing with section 1 and limitations of freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter were referred to by counsel for the plaintiff. In *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 45 O.R. (2d) 80 the Ontario Court of Appeal, *per* MacKinnon A.C.J.O., dismissing an appeal from the Divisional Court, endorsed the record, in part in these terms (at page 82):

The subsection allows for the complete denial or prohibition of the freedom of expression in this particular area and sets no limits on the Ontario Board of Censors. It clearly sets no limit, reasonable or otherwise, on which an argument can be mounted that it falls within the saving words of s. 1 of the Charter: "subject only to such reasonable limits prescribed by law".

In *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85

sang. D'après eux, d'autres moyens, qui font appel à la fouille, se sont avérés inefficaces et l'analyse d'urines porte moins gravement atteinte à la vie privée que la fouille à nu et est beaucoup plus efficace. Il a été prouvé en l'espèce que dans les prisons américaines, les programmes d'analyse d'urines ont été couronnés de succès et ont permis de réaliser les objectifs que vise en l'espèce le Service correctionnel. Ils affirment enfin que la norme ou le critère incorporé dans l'article 41.1 du Règlement, soit la norme de la nécessité, est une norme «raisonnable» au sens de l'article premier de la Charte.

L'avocat du demandeur soutient qu'étant donné que le texte réglementaire ne restreint aucunement ce qui est en fait un pouvoir discrétionnaire absolu attribué à l'agent de correction, il n'est pas une restriction raisonnable au sens de l'article premier. Le texte réglementaire serait trop vague et trop peu précis pour que soit possible une analyse en vertu de l'article premier, parce qu'essentiellement, je suppose, selon ce qu'il laisse entendre, il serait impossible d'évaluer la proportionnalité entre l'objectif et le règlement. Faute de norme, de critère ou de définition des circonstances de son application, le texte réglementaire donne prise à l'arbitraire et ne peut donc pas être tenu pour raisonnable.

L'avocat des demandeurs s'est référé à deux causes qui traitent de l'article premier et des restrictions de la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. Dans l'affaire *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 45 O.R. (2d) 80, la Cour d'appel de l'Ontario, par la voix du juge en chef adjoint MacKinnon, qui a rejeté l'appel formé contre la décision de la Cour divisionnaire, s'est exprimée à son tour sur cette question (à la page 82):

[TRADUCTION] Ce paragraphe autorise la privation complète ou l'interdiction de la liberté d'expression dans ce champ d'activités et ne restreint en rien les pouvoirs de la Commission de censure de l'Ontario. À l'évidence, il ne fixe aucune limite, raisonnable ou autre, qui puisse étayer l'argument selon lequel il serait visé par l'exception prévue à l'article premier de la Charte: «ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables».

Dans l'arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85

(C.A.), at pages 89-90, Hugessen J.A., referring to section 1 of the Charter, said:

In my opinion, one of the first characteristics of a reasonable limit prescribed by law is that it should be expressed in terms sufficiently clear to permit a determination of where and what the limit is. A limit which is vague, ambiguous, uncertain, or subject to discretionary determination is, by that fact alone, an unreasonable limit. If a citizen cannot know with tolerable certainty the extent to which the exercise of a guaranteed freedom may be restrained, he is likely to be deterred from conduct which is, in fact, lawful and not prohibited. Uncertainty and vagueness are constitutional vices when they are used to restrain constitutionally protected rights and freedoms. While there can never be absolute certainty, a limitation of a guaranteed right must be such as to allow a very high degree of predictability of the legal consequences.

While these two cases, *Re Ontario Film and Video* and *Luscher* deal with another Charter right than is involved in this case, I find the principle underlying the reasoning of MacKinnon A.C.J.O., and Hugessen J.A. to be persuasive.

In this case I have already concluded that section 41.1 provides for an unreasonable search and is in conflict with section 8 of the Charter because it does not include any standards, criteria or circumstances for its application. I conclude, essentially for the same reason, the lack of standards or criteria limiting the authority to search, that section 41.1 is not a reasonable limitation within section 1.

Having concluded that section 41.1 derogates from the rights to liberty and security of the person contrary to section 7 in a manner not in accord with the principles of fundamental justice because the regulation includes no standards or criteria for its application, I also conclude, for essentially the same reason, that it cannot be a reasonable limitation prescribed by law within section 1 of the Charter.

In sum it is my conclusion that section 1 does not avail to provide support for section 41.1.

(C.A.), aux pages 89 et 90, le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale dit ce qui suit au sujet de l'article premier de la Charte:

À mon avis, l'une des caractéristiques primordiales d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit est qu'elle doit être exprimée avec suffisamment de clarté pour qu'on puisse l'identifier et la situer. Le seul fait qu'une limite soit vague, ambiguë, incertaine ou assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire suffit à en faire une limite déraisonnable. Si un citoyen ne peut déterminer avec un degré de certitude tolérable dans quelle mesure l'exercice d'une liberté garantie peut être restreint, il est probable que cela le dissuadera d'adopter certaines conduites qui, en fait, n'étant pas interdites, sont licites. L'incertitude et l'imprécision sont des vices d'ordre constitutionnel lorsqu'elles servent à restreindre des droits et libertés garantis par la Constitution. Bien qu'il ne puisse jamais y avoir de certitude absolue, une limite imposée à un droit garanti doit être telle qu'il sera très facile d'en prévoir les conséquences sur le plan juridique.

Quoique ces deux décisions, *Re Ontario Film and Video* et *Luscher*, traitent d'un autre droit garanti par la Charte que celui qui nous intéresse en l'espèce, j'estime que le principe sur lequel repose le raisonnement du juge en chef adjoint MacKinnon et du juge Hugessen de la Cour d'appel est convaincant.

J'ai déjà conclu qu'en l'espèce l'article 41.1 du Règlement permet que soit effectuée une fouille abusive et qu'il est incompatible avec l'article 8 de la Charte parce qu'il n'énonce aucune norme ou critère, et qu'il ne définit pas les circonstances dans lesquelles il sera applicable. Je conclus, essentiellement pour la même raison, c'est-à-dire l'absence de normes ou de critères limitant les pouvoirs attribués en matière de fouille, que l'article 41.1 du Règlement ne constitue pas une restriction raisonnable au sens de l'article premier.

J'ai déjà conclu que l'article 41.1 du Règlement porte atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de la personne prévu à l'article 7 d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, parce que le texte réglementaire ne comporte aucune norme ou critère régissant son application. Je conclus en outre, essentiellement pour la même raison, qu'il ne saurait constituer une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la Charte.

En résumé, je conclus que la validité de l'article 41.1 ne peut pas reposer sur l'article premier.

Section 15

The final issue relating to the Charter concerns the application of subsection 15(1) of the Charter, said by the plaintiff to be violated by section 41.1 of the Regulations. This section provides:

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

The amended statement of claim, with the change approved at the commencement of trial includes the allegation that "the plaintiff is within a class of persons namely prison inmates being the only class of persons in Canada required by law to submit urine samples or face penal consequences for failing to do so".

No evidence was tendered at trial to support a finding of fact that prison inmates are the only class of persons in Canada required to provide specimens or face consequences as alleged in the statement of claim. Even if that factual basis were assumed I am not persuaded that section 41.1 of the Regulations violates subsection 15(1) of the Charter.

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, the interpretation of subsection 15(1) of the Charter and the approach to dealing with alleged violations of that provision were discussed. Mr. Justice McIntyre, with whom the majority agreed on the manner of construing subsection 15(1), referred to "discrimination" in the following terms (at pages 174-175):

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Then in discussing the approach to alleged violations of subsection 15(1) he said (at page 182):

L'article 15

Quant à l'application de la Charte, il ne reste à statuer que sur le paragraphe 15(1), que violerait l'article 41.1 du Règlement, selon le demandeur.

^a Cet article est ainsi conçu:

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

La déclaration modifiée, conformément à l'approbation donnée au début du procès, comporte l'allégation suivante: [TRADUCTION] «le demandeur appartient à une catégorie de personnes, savoir les détenus, qui est le seul groupe au Canada dont les membres sont tenus aux termes de la loi de se soumettre à une analyse d'urines sous peine de sanctions pénales».

^d Aucune preuve n'a été produite au procès qui permette de conclure qu'en fait les détenus forment la seule catégorie de personnes au Canada qui soient obligées de fournir des échantillons sous peine de sanctions, comme le prétend la déclaration. Même si l'on supposait ce fait véridique, je ne suis pas persuadé que l'article 41.1 du Règlement viole le paragraphe 15(1) de la Charte.

^f Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, la Cour a discuté de l'interprétation du paragraphe 15(1) de la Charte, ainsi que de l'analyse qu'il convient de faire des allégations de violation de cette disposition. Le juge McIntyre, avec qui la majorité a été d'accord quant à la manière d'interpréter ce paragraphe, a donné du terme «discrimination» la définition suivante (aux pages 174 et 175):

^h J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

^j Puis, au sujet de la façon dont il faut analyser les violations du paragraphe 15(1) qui ont été alléguées, il a dit ce qui suit (à la page 182):

... in assessing whether a complainant's rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Once it is accepted that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, then a role must be assigned to s. 15(1) which goes beyond the mere recognition of a legal distinction. A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

Where discrimination is found a breach of s. 15(1) has occurred and—where s. 15(2) is not applicable—any justification, any consideration of the reasonableness of the enactment; indeed, any consideration of factors which could justify the discrimination and support the constitutionality of the impugned enactment would take place under s. 1.

In this case section 41.1 of the Regulations does provide for treatment of prison inmates on a basis different from that of most, if not all, other individuals in Canada and thus may be said to derogate from their right to equality before the law. Yet I am not persuaded that this difference or derogation is discriminatory in the sense provided for in subsection 15(1). It does not seem to me to be related to any of the enumerated and prohibited grounds, or analogous grounds, which concern personal characteristics. The difference in treatment here for prison inmates as a group, arises not from personal characteristics but from past courses of conduct amounting to criminal activities against society.

I accept the submission of the defendants that differences of this sort are not prohibited by subsection 15(1) of the Charter. There is not, in my view, need for the defendants to establish that the difference in treatment of prison inmates is a reasonable limitation under section 1 of the Charter.

Conclusion

Throughout the trial in this matter counsel for the defendants expressed concern about the significance of any decision in this case for the important program initiated, and not yet fully developed, by the Correctional Service.

... pour vérifier s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s'il s'agit d'un motif énuméré ou analogue. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Dès qu'on accepte que ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, on doit alors attribuer au par. 15(1) un rôle qui va au-delà de la simple reconnaissance d'une distinction légale. Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

Lorsqu'il y a discrimination, il y a violation du par. 15(1) et, lorsque le par. 15(2) ne s'applique pas, toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l'article premier.

En l'espèce, les détenus sont effectivement, aux termes de l'article 41.1 du Règlement, traités d'une manière différente de la plupart sinon de la totalité des autres Canadiens et l'on peut donc affirmer que cette disposition porte atteinte à leur droit à l'égalité devant la loi. Je ne suis pourtant pas convaincu que cette distinction ou atteinte soit discriminatoire au sens du paragraphe 15(1). Elle ne me semble pas se rapporter à l'un ou l'autre des motifs énumérés et interdits, ou motifs analogues, qui touchent des caractéristiques personnelles. Le traitement distinct dont font l'objet les détenus en l'occurrence, en tant que groupe, ne découle pas de caractéristiques personnelles mais bien de leur conduite passée, qui était répréhensible et antisociale.

J'approuve la thèse des défendeurs qui veut que ces distinctions-là ne soient pas interdites par le paragraphe 15(1) de la Charte. Il n'est pas nécessaire, à mon sens, que les défendeurs démontrent que le traitement distinct dont font l'objet les détenus est une restriction raisonnable aux termes de l'article premier de la Charte.

Conclusion

Durant tout le procès, l'avocat des défendeurs a fait ressortir les répercussions que la décision en l'espèce ne manquerait pas d'avoir sur l'important programme que le Service correctionnel a mis sur pied mais qu'il n'a pas encore étendu à l'ensemble de ses établissements.

Let me reiterate that the whole of that program was not under review in this case. Here, in light of the pleadings and the facts established, what was in issue was the validity of section 41.1, the authority for the order said to be lawful for which Jackson was subject to disciplinary proceedings for failing to comply, in circumstances where the order was made because Jackson was believed to be under the influence of an intoxicant.

My decision is that section 41.1 of the *Penitentiary Service Regulations* in so far as it deals with a circumstance of requiring a urine specimen from an inmate who is believed to have ingested an intoxicant is null and of no effect, as contrary to section 8 and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and it is not saved by section 1 of that Charter.

Judgment and a declaration to this effect, sought as part of the relief claimed by the plaintiff will be entered.

The plaintiff is also entitled to a declaration, as claimed, that the order of conviction made by the defendant Disciplinary Tribunal at Joyceville Penitentiary *per* Donald Schlichter, Independent Chairperson, in this case is unlawful and of no force and effect.

Finally, the plaintiff will have his costs, as claimed.

Je répète que ce n'est pas tout le programme qui était soumis à notre appréciation. En l'espèce, ce qui est en litige, à la lumière des plaidoiries et des faits prouvés, c'est la validité de l'article 41.1 du Règlement. Or, c'est en vertu de cette disposition seulement que Jackson aurait reçu un ordre légitime auquel il aurait omis d'obéir, s'exposant ainsi à des audiences disciplinaires. En l'occurrence, cet ordre a été donné à Jackson parce qu'on a cru qu'il avait consommé une substance hallucinogène.

Ma décision est la suivante: l'article 41.1 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, dans la mesure où il porte sur une situation dans laquelle un échantillon d'urine est exigé d'un détenu parce que l'on croit qu'il a absorbé une substance hallucinogène, est nul et inopérant, parce qu'il contrevient aux articles 8 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'est pas visé par l'exception prévue à l'article premier de cette Charte.

Un jugement et une déclaration à cet effet, conformément à la demande de réparation du demandeur, seront inscrits.

Le demandeur a également droit à une déclaration, conformément à sa demande, portant que la déclaration de culpabilité prononcée par le tribunal disciplinaire défendeur, au pénitencier de Joyceville, par l'entremise de Donald Schlichter, président indépendant, est illégale et inopérante.

Finalement, le demandeur aura droit à ses dépens, tels que demandés.