

Ian Vincent Golden *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario,
the Aboriginal Legal Services of Toronto,
the Canadian Association of Chiefs of
Police, the African Canadian Legal Clinic,
and the Canadian Civil Liberties Association** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. GOLDEN

Neutral citation: 2001 SCC 83.

File No.: 27547.

2001: February 15; 2001: December 6.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be secure against unreasonable search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused in public place resulting in seizure of crack cocaine — Whether strip search infringed accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Criminal law — Search and seizure — Search incident to arrest — Strip search of accused in public place resulting in seizure of crack cocaine — Whether scope of common law “search incident to arrest” power broad enough to encompass authority to strip search arrested individual — If so, whether common law reasonable — Whether strip search of accused was carried out in reasonable manner.

Police officers set up an observation post in an unoccupied building across from a sandwich shop, in an effort

Ian Vincent Golden *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario,
Aboriginal Legal Services of Toronto,
l'Association canadienne des chefs de
police, African Canadian Legal Clinic et
l'Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. GOLDEN

Référence neutre : 2001 CSC 83.

N° du greffe : 27547.

2001 : 15 février; 2001 : 6 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — Fouille accessoire à une arrestation — Saisie de crack résultant de la fouille à nu d'un accusé dans un endroit public — La fouille à nu de l'accusé a-t-elle porté atteinte au droit de ce dernier à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit criminel — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à une arrestation — Saisie de crack résultant de la fouille à nu d'un accusé dans un endroit public — Le pouvoir reconnu par la common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est-il assez vaste pour englober le pouvoir de soumettre une personne arrêtée à une fouille à nu? — Dans l'affirmative, la common law est-elle raisonnable? — La fouille à nu de l'accusé a-t-elle été effectuée de manière raisonnable?

Des policiers ont établi un poste d'observation dans un édifice inoccupé situé en face d'une sandwicherie,

to detect illegal drug activity in an area where trafficking was known to occur. One of the officers observed G, who was in the shop, and testified that he saw two transactions in which persons entered the shop and received a substance from G. The officer testified that given the place where this transaction occurred, the manner in which it took place, and the colour of the substance, he believed the substance was cocaine and that G was trafficking in drugs, and he instructed the take-down officers to arrest G. During the arrests, the police found what they believed to be crack cocaine under the table where one of the suspects was arrested and G was observed crushing what appeared to be crack cocaine between his fingers.

Following the arrests, a police officer conducted a “pat down” search of G and did not find any weapons or narcotics. The officer then decided to conduct a visual inspection of G’s underwear and buttocks on the landing at the top of the stairwell leading to a basement where public washrooms were located. The officer undid G’s pants and pulled them back along with G’s long underwear. The officer saw a clear plastic wrap protruding from between G’s buttocks, as well as a white substance within the wrap. The officer tried to retrieve the plastic wrap, but G “hip-checked” and scratched him. G was then escorted to a seating booth at the back of the shop. The officers forced him to bend over a table and his pants were lowered to his knees and his underwear was pulled down. The officers tried to seize the package from his buttocks, but were unsuccessful. Following these attempts, G accidentally defecated; however, the package did not dislodge. An officer then retrieved a pair of rubber dishwashing gloves and again tried to remove the package while G was face-down on the floor, with another officer holding down his feet. Finally, the officer was able to remove the package once G unclenched his muscles. It contained 10.1 grams of crack cocaine. G was placed under arrest for possession of a narcotic for the purpose of trafficking, and for police assault. He was strip searched again at the police station, fingerprinted and detained pending a bail hearing.

On a *voir dire* hearing, G applied to have the evidence obtained from the search excluded under ss. 8 and 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The application was denied, and the evidence was admitted. G was found guilty of possession of a narcotic for the purpose of trafficking, but acquitted on the police assault

dans le but de mettre au jour des activités de trafic de stupéfiants dans un secteur actif connu. L’un des policiers a observé G qui se trouvait dans le restaurant, et a affirmé avoir été témoin de deux opérations au cours desquelles des personnes sont entrées dans le restaurant et ont reçu une substance de G. Le policier a déclaré que, compte tenu de l’endroit où l’opération a eu lieu, de la façon dont elle s’est déroulée et de la couleur de la substance, il était convaincu qu’il s’agissait de cocaïne et que G faisait le trafic de stupéfiants, et il a donné aux agents chargés d’effectuer la descente l’ordre de procéder à l’arrestation de G. Au cours des arrestations, les policiers ont trouvé ce qui leur a semblé être du crack sous la table où l’un des suspects a été arrêté, et ils ont vu G écraser entre ses doigts ce qui semblait être du crack.

À la suite des arrestations, un policier a procédé à une fouille sommaire de G et n’a trouvé ni armes ni stupéfiants. Il a ensuite décidé de procéder à une inspection visuelle du sous-vêtement et des fesses de G, sur le palier supérieur de l’escalier conduisant au sous-sol, où se trouvaient les toilettes publiques. Le policier a dégrafé le pantalon de G, puis a tiré vers l’arrière le pantalon et le caleçon long de ce dernier. Il a vu un emballage de plastique transparent qui dépassait des fesses de G et une substance blanche à l’intérieur de cet emballage. Le policier a tenté de retirer le sachet, mais G lui a donné un coup de hanche et l’a griffé. G a alors été conduit vers une banquette, à l’arrière du restaurant. Les policiers l’ont forcé à se pencher sur une table et lui ont baissé le pantalon aux genoux et ont tiré son caleçon vers le bas. Ils ont tenté en vain de retirer le sachet des fesses de G. À la suite de ces tentatives, G a accidentellement déféqué, sans toutefois que l’objet ne soit libéré. Un policier a alors emprunté une paire de gants à vaisselle en caoutchouc, dont il s’est servi pour tenter à nouveau de retirer le sachet, alors que G était couché au sol, face contre terre, et avait les pieds immobilisés par un autre policier. Le policier a finalement réussi à retirer le sachet après que G eut relâché ses muscles. Il contenait 10,1 grammes de crack. G a été mis en état d’arrestation pour possession de stupéfiants en vue d’en faire le trafic et pour voies de fait contre un agent de police. Il a été de nouveau soumis à une fouille à nu au poste de police, puis on a pris ses empreintes digitales et on l’a gardé en détention jusqu’à son enquête sur le cautionnement.

Lors du *voir dire*, G a demandé que les éléments de preuve obtenus à la suite de la fouille soient exclus en vertu des art. 8 et 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a été débouté de cette requête et la preuve a été admise. G a été reconnu coupable de possession de stupéfiants en vue d’en faire le trafic, mais acquitté de

charge. The Court of Appeal dismissed his appeal from his conviction and sentence.

Held (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The accused's conviction should be overturned and an acquittal entered.

Per Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Searches of the person incident to arrest are an established exception to the general rule that warrantless searches are *prima facie* unreasonable. Given that the purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy, it is necessary to have a means of preventing unjustified searches before they occur, rather than simply determining after the fact whether the search should have occurred.

The importance of preventing unjustified searches before they occur is particularly acute in the context of strip searches. Strip searches are inherently humiliating and degrading for detainees regardless of the manner in which they are carried out and for this reason they cannot be carried out simply as a matter of routine policy. The fact that the police have reasonable and probable grounds to carry out an arrest does not confer upon them the automatic authority to carry out a strip search, even where the strip search meets the definition of being "incident to lawful arrest". In light of the serious infringement of privacy and personal dignity that is an inevitable consequence of a strip search, such searches are only constitutionally valid at common law where they are conducted as an incident to a lawful arrest for the purpose of discovering weapons in the detainee's possession, in order to ensure the safety of the police, the detainee and other persons, or for the purpose of discovering evidence related to the reason for the arrest, in order to preserve it and prevent its disposal by the detainee. In addition to reasonable and probable grounds justifying the arrest, the police must establish reasonable and probable grounds justifying the strip search. Where these preconditions to conducting a strip search incident to arrest are met, it is also necessary that the strip search be conducted in a manner that does not infringe s. 8 of the *Charter*. If there is no prior judicial authorization for the strip search, several factors should be considered by the authorities in deciding whether, and if so how, to conduct such a procedure. Strip searches should generally only be conducted at the police station except where there are exigent circumstances requiring that the detainee be searched prior to being transported there. Clear legislative prescription

l'accusation de voies de fait contre un agent de police. La Cour d'appel a rejeté l'appel qu'il a interjeté contre sa déclaration de culpabilité et sa sentence.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La déclaration de culpabilité de l'accusé est annulée et remplacée par un verdict d'acquiescement.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Les fouilles personnelles accessoires à une arrestation constituent une exception établie à la règle générale selon laquelle les fouilles sans mandat sont à première vue abusives. Comme l'art. 8 de la *Charte* a pour objet de protéger les personnes contre les atteintes injustifiées que l'État pourrait porter à leur vie privée, il faut disposer d'un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant même qu'elles ne se produisent, plutôt que simplement d'un moyen de déterminer après le fait si elles auraient dû être effectuées.

La nécessité de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent est d'une importance particulièrement critique dans le contexte des fouilles à nu. Les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes pour les personnes détenues, peu importe la manière dont elles sont effectuées; voilà pourquoi l'on ne peut tout simplement y recourir systématiquement dans le cadre d'une politique. Le fait que les policiers aient des motifs raisonnables de procéder à une arrestation ne leur confère pas automatiquement le pouvoir de procéder à une fouille à nu, même lorsque cette fouille à nu est effectivement « accessoire à une arrestation légale » selon la définition donnée à cette expression. Eu égard à l'atteinte grave à la vie privée et à la dignité de la personne qui découle inévitablement d'une fouille à nu, les fouilles de cette nature ne sont constitutionnelles en common law que lorsqu'elles sont effectuées accessoirement à une arrestation légale afin de découvrir des armes que la personne détenue a en sa possession, d'assurer la sécurité de la police, celle de la personne détenue et celle d'autrui, de découvrir des éléments de preuve liés au motif de l'arrestation, de préserver ces éléments de preuve et d'empêcher la personne détenue de les faire disparaître. La police doit établir l'existence de motifs raisonnables qui justifient la fouille à nu en plus des motifs raisonnables qui justifient l'arrestation. Une fois réunies ces conditions préalables à l'exécution d'une fouille à nu accessoire à une arrestation, il faut nécessairement s'assurer que la fouille à nu est effectuée d'une manière qui ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte*. En l'absence d'autorisation judiciaire préalable de la fouille à nu, il faut que les autorités prennent plusieurs facteurs en considération pour décider s'il y a lieu de procéder à

as to when and how strip searches should be conducted would be of assistance to the police and to the courts.

The common law of search incident to arrest, which permits strip searches, does not violate s. 8 of the *Charter*. The common law rule ensures that such searches are only carried out where the police establish reasonable and probable grounds for a strip search for the purpose of discovering weapons or seizing evidence related to the offence for which the detainee was arrested. Furthermore, the factors set out ensure that when strip searches are carried out as an incident to arrest, they are conducted in a manner that interferes with the privacy and dignity of the person being searched as little as possible. Attention to these issues will also ensure that the proper balance is struck between the privacy interests of the person being searched and the interests of the police and of the public in preserving relevant evidence and ensuring the safety of police officers, detained persons and the public.

While in this case the arrest was lawful and the strip search was related to the purpose of the arrest, the Crown has failed to prove that the strip search was carried out in a reasonable manner. This case was not one involving an urgent and necessary need to conduct a strip search “in the field” for the purpose of preserving evidence, and the decision to strip search was premised largely on a single officer’s hunch, arising from a handful of personal experiences. The police officers’ decision to strip search G in the restaurant was accordingly unreasonable. Moreover, the manner in which the strip search was conducted in the restaurant did not comply with the requirements of reasonableness contained in s. 8 of the *Charter*. G was not given the opportunity to remove his own clothing; the strip search was conducted without notice to, or authorization from, a senior officer; and the search was carried out in a manner that may have jeopardized G’s health and safety. Where the circumstances of a search require the seizure of material located in or near a body cavity, either the individual being searched should be given the opportunity to remove the material himself, or the advice and assistance of a trained medical professional should be sought to ensure that the material can be safely removed. Further, if the general approach articulated in this case is not followed, such that the search is unreasonable, there is no requirement that anyone cooperate with the viola-

un tel exercice et, le cas échéant, de quelle façon. Les fouilles à nu ne devraient généralement être effectuées qu’au poste de police, sauf dans des situations d’urgence exigeant que le détenu soit soumis à une fouille avant son transport à cet endroit. Des dispositions législatives prescrivant clairement quand et comment les fouilles à nu devraient être effectuées seraient très utiles à la police comme aux tribunaux.

La common law en matière de fouilles accessoires à une arrestation, qui permet la fouille à nu, ne contrevient pas à l’art. 8 de la *Charte*. La règle de common law garantit que de telles fouilles ne sont effectuées que lorsque la police établit l’existence de motifs raisonnables justifiant d’y procéder afin de découvrir des armes ou de saisir des éléments de preuve liés à l’infraction pour laquelle le détenu a été arrêté. De plus, les facteurs mentionnés garantissent que, le cas échéant, les fouilles à nu auxquelles on procède accessoirement à une arrestation sont effectuées d’une manière qui porte le moins possible atteinte au droit à la vie privée et à la dignité de la personne qui y est soumise. L’attention portée à ces questions permettra d’atteindre un juste équilibre entre le droit à la vie privée de la personne soumise à la fouille et les intérêts qu’ont la police et le public à ce que les preuves pertinentes soient conservées et que soit assurée la sécurité des agents de police, des personnes détenues et du public.

Bien que l’arrestation fût légale en l’espèce et que la fouille à nu fût liée au but de l’arrestation, le ministère public n’a pas prouvé que la fouille à nu a été effectuée d’une manière raisonnable. Il n’existait pas en l’espèce de besoin urgent et impérieux d’effectuer une fouille à nu « sur les lieux » afin de préserver la preuve, et la décision de procéder à la fouille à nu était fondée en grande partie sur le simple pressentiment d’un seul policier, issu d’une poignée d’expériences personnelles. La décision prise par les policiers de soumettre G à une fouille à nu dans le restaurant était donc abusive. De plus, la manière dont la fouille à nu a été effectuée dans le restaurant ne respectait pas les exigences relatives au caractère raisonnable fixées par l’art. 8 de la *Charte*. Les policiers n’ont pas donné à G le choix de retirer lui-même ses vêtements, ils ont procédé à la fouille à nu sans aviser un officier supérieur ni lui demander son autorisation et la fouille a été effectuée d’une manière qui aurait pu mettre en danger la santé et la sécurité de G. Lorsque les circonstances d’une fouille nécessitent la saisie d’objets situés à l’intérieur ou à proximité d’une cavité corporelle, il faut donner à la personne soumise à la fouille l’occasion de retirer elle-même l’objet ou demander l’avis et l’aide d’un professionnel qualifié des services de santé pour faire en sorte que l’objet soit retiré en toute sécurité. En outre, lorsqu’une fouille est abusive en raison d’une dérogation

tion of his or her *Charter* rights. In this case, G's refusal to relinquish the evidence does not justify or mitigate the fact that he was strip searched in a public place, and in a manner that showed considerable disregard for his dignity and his physical integrity, despite the absence of reasonable and probable grounds or exigent circumstances.

Since the accused has already served his 14-month sentence in full, it is neither necessary nor useful for this Court to determine whether the evidence deriving from the illegal strip search should have been excluded at trial. It is preferable to rest our disposition on the premise that the courts below erred in finding the strip search of the accused reasonable in the circumstances and consistent with s. 8 of the *Charter* and consequently erred in allowing the impugned evidence to be admitted.

Per McLachlin C.J. and Gonthier and Bastarache JJ. (dissenting): The common law does not require police to prove that they had reasonable and probable grounds to justify a strip search. The existing common law rule that police demonstrate an objectively valid reason for the arrest rather than for the search is consistent with s. 8 of the *Charter*, provided that the strip search is for a valid objective and is not conducted in an abusive fashion. The common law requirements that the evidence sought be related to the reason for the arrest and that the search be conducted in a manner that is not abusive apply to protect accused persons from indiscriminate or unreasonable searches regardless of whether the search occurs at the station or in the field. The discovery of evidence should thus not be postponed to a time where the search can take place at a police station. Police officers are not always close to a station; they operate in remote areas and are often alone. The proposed rule that all strip searches proceed at a police station absent exigent circumstances should be left to Parliament.

The searches must be looked at individually and justified according to the circumstances applicable to each of them. The first search was perfectly justified as the reasonable and probable grounds for the arrest provided the authority to search for evidence related to the crime and the manner in which the search was conducted was not abusive. The second search did violate G's s. 8 rights as the police had actual knowledge that G was in possession of what was thought to be narcotics, providing a greater opportunity to ensure that the evidence would not be lost before reaching the station. In addition, G's refusal to give up the evidence meant that it could be seized at

à l'approche générale énoncée en l'espèce, nul n'est tenu de coopérer à la violation des droits que lui garantit la *Charte*. En l'espèce, le refus de G de lâcher la preuve ne justifie ni n'atténue le fait qu'il a été fouillé à nu dans un endroit public et dans l'irrespect flagrant de sa dignité et de son intégrité physique, malgré l'absence de motifs raisonnables ou d'une situation d'urgence.

Puisque l'accusé a déjà purgé en totalité sa peine de 14 mois, il n'est ni nécessaire ni utile que notre Cour détermine si la preuve découlant de la fouille à nu illégale aurait dû être écartée lors du procès. Il est préférable que nous fondions notre conclusion sur la prémisse que les juridictions inférieures ont commis une erreur en jugeant que la fouille à nu de l'accusé n'était pas abusive dans les circonstances et qu'elle était conforme à l'art. 8 de la *Charte*, d'où l'erreur qu'ils ont commise en permettant la production de la preuve attaquée.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier et Bastarache (dissidents) : La common law n'oblige pas les policiers à prouver qu'ils avaient des motifs raisonnables pour justifier une fouille à nu. La règle de common law existante en vertu de laquelle les policiers sont tenus de démontrer l'existence d'une raison objectivement valide justifiant l'arrestation plutôt que la fouille est conforme à l'art. 8 de la *Charte*, pourvu que la fouille à nu vise un but valide et qu'elle ne soit pas effectuée de manière abusive. Les conditions de la common law exigeant que la preuve soit liée au motif de l'arrestation et que la fouille soit effectuée d'une manière non abusive concourent à protéger les accusés contre les fouilles systématiques ou abusives, peu importe que la fouille se déroule au poste de police ou sur les lieux. L'obtention d'éléments de preuve ne doit donc pas être reportée à un moment où la fouille peut être effectuée au poste de police. Les policiers ne se trouvent pas toujours à proximité d'un poste de police; ils couvrent des secteurs éloignés, souvent seuls. Il serait préférable de laisser au législateur le soin d'adopter la règle proposée, à savoir que toutes les fouilles à nu devraient être effectuées au poste de police, sauf dans des situations d'urgence.

Les fouilles doivent être examinées séparément et justifiées en tenant compte des circonstances applicables à chacune d'elles. La première fouille était parfaitement justifiée étant donné que les motifs raisonnables de procéder à l'arrestation habilitaient les policiers à effectuer la fouille à la recherche d'éléments de preuve liés à l'infraction et que la manière dont la fouille a été effectuée n'était pas abusive. La deuxième fouille a porté atteinte aux droits de G garantis par l'art. 8 étant donné que les policiers savaient pertinemment que G était en possession de ce qui semblait être des stupéfiants, ce qui leur permettait encore mieux d'éviter que les éléments

the scene only if the police conducted the strip search in less than private conditions and applied a degree of force which may not have been necessary had the search been conducted at the station. Given these circumstances, the police should have concluded that close custody and immediate transfer to the station were the appropriate means of pursuing the ends of justice. However, a s. 24(2) analysis shows that the administration of justice would not be brought into disrepute by admitting the object of the search.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Bastarache J.'s reasons were agreed with, subject to the following comment. One factor in assessing the reasonableness of a relatively intrusive search, such as the strip search carried out in this case, is the existence of reasonable and probable grounds to justify the search. While that factor was established in this case, the second search violated s. 8 of the *Charter* for the reasons given by Bastarache J.

Cases Cited

By Iacobucci and Arbour JJ.

Distinguished: *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell v. Wilson* (1853), 17 J.P. 52; *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *Lindley v. Rutter*, [1980] 3 W.L.R. 660; *R. v. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973); *Illinois v. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); *Giles v. Ackerman*, 746 F.2d 614 (1984); *State v. Audley*, 894 P.2d 1359 (1995); *Swain v. Spinney*, 117 F.3d 1 (1997); *Nurse v. Canada* (1997), 132 F.T.R. 131; *Blouin v. Canada* (1991), 51 F.T.R. 194; *Gottschalk v. Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298; *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56; *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179; *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343; *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *R. v. Morrison* (1987), 35 C.C.C. (3d) 437; *R. v. Ferguson* (1990), 1 C.R. (4th) 53; *R. v. Flintoff* (1998), 16 C.R. (5th) 248; *R. v. Stott*, [1997] O.J. No. 5449 (QL); *R. v. K.D.S.* (1990), 65 Man. R. (2d) 301; *R. v. Miller*,

de preuve ne disparaissent avant l'arrivée au poste de police. De plus, le refus de G de remettre l'élément de preuve signifiait qu'il serait impossible de saisir cet élément sur les lieux sans que la police procède à la fouille à nu dans des conditions moins propices qu'en privé et qu'elle applique un degré de force qui n'aurait peut-être pas été nécessaire si la fouille s'était déroulée au poste de police. Vu ces circonstances, les policiers auraient dû conclure qu'une garde serrée et un transfert immédiat au poste constituaient les moyens appropriés pour réaliser les fins de la justice. Cependant, une analyse fondée sur le par. 24(2) démontre que l'utilisation de l'objet de la fouille n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente) : Les motifs du juge Bastarache sont acceptés sous réserve du commentaire suivant. Pour déterminer si une fouille à nu relativement envahissante, comme celle effectuée en l'espèce, est abusive ou raisonnable, il faut tenir compte notamment de l'existence de motifs raisonnables justifiant la fouille. Bien que ce facteur ait été établi en l'espèce, la deuxième fouille contrevenait à l'art. 8 de la *Charte* pour les motifs exposés par le juge Bastarache.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

Distinction d'avec les arrêts : *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; **arrêts mentionnés :** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Leigh c. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell c. Wilson* (1853), 17 J.P. 52; *Adair c. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *Lindley c. Rutter*, [1980] 3 W.L.R. 660; *R. c. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532; *United States c. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *Gustafson c. Florida*, 414 U.S. 260 (1973); *Illinois c. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983); *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966); *Giles c. Ackerman*, 746 F.2d 614 (1984); *State c. Audley*, 894 P.2d 1359 (1995); *Swain c. Spinney*, 117 F.3d 1 (1997); *Nurse c. Canada* (1997), 132 F.T.R. 131; *Blouin c. Canada* (1991), 51 F.T.R. 194; *Gottschalk c. Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298; *R. c. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56; *Yakimishyn c. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179; *R. c. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343; *Reynen c. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *R. c. Morrison* (1987), 35 C.C.C. (3d) 437; *R. c. Ferguson* (1990), 1 C.R. (4th) 53; *R. c. Flintoff* (1998), 16 C.R. (5th) 248; *R. c. Stott*, [1997] O.J. No. 5449 (QL); *R. c. K.D.S.* (1990), 65

[1993] B.C.J. No. 1613 (QL); *R. v. King*, [1999] O.J. No. 565 (QL); *R. v. Kalin*, [1987] B.C.J. No. 2580 (QL); *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Pan*, [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42; *R. v. Christopher*, [1994] O.J. No. 3120 (QL); *R. v. Toulouse*, [1994] O.J. No. 2746 (QL); *R. v. Coulter*, [2000] O.J. No. 3452 (QL); *R. v. Garcia-Gutierrez* (1991), 5 C.R. (4th) 1.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. Araujo, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Stillman, [1997] 1 S.C.R. 607.

Statutes and Regulations Cited

Cal. Penal Code § 4030 (West 2000).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24.
 Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers (Code of Practice C), Annex A.
 Colo. Rev. Stat. Ann. § 16-3-405 (West 1998).
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 15.
Crimes Act 1914 (Austl.), Part 1AA, c. 3C, s. 1 “strip search”.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(3), 487, 487.04 to 487.09.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 98.
Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C. 1985, c. I-3, s. 7.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60.
Public Inquiries Act, R.S.O. 1990, c. P41, s. 17.
 Wash. Rev. Code Ann. § 10.79.070(1) (West 1990).
Wildlife Act, R.S.B.C. 1996, c. 488, ss. 92 [am. 1999, c. 24, s. 21], 93(c).

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston. *The Prison for*

Man. R. (2d) 301; *R. c. Miller*, [1993] B.C.J. No. 1613 (QL); *R. c. King*, [1999] O.J. No. 565 (QL); *R. c. Kalin*, [1987] B.C.J. No. 2580 (QL); *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42; *R. c. Christopher*, [1994] O.J. No. 3120 (QL); *R. c. Toulouse*, [1994] O.J. No. 2746 (QL); *R. c. Coulter*, [2000] O.J. No. 3452 (QL); *R. c. Garcia-Gutierrez* (1991), 5 C.R. (4th) 1.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

R. c. Araujo, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *United States c. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607.

Lois et règlements cités

Cal. Penal Code § 4030 (West 2000).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(3), 487, 487.04 à 487.09.
 Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers (Code of Practice C), Annexe A.
 Colo. Rev. Stat. Ann. § 16-3-405 (West 1998).
Crimes Act 1914 (Austr.), partie 1AA, ch. 3C, art. 1 « strip search ».
Loi sur l'importation des boissons enivrantes, L.R.C. 1985, ch. I-3, art. 7.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 15.
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 98.
Loi sur les enquêtes publiques, L.R.O. 1990, ch. P41, art. 17.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60.
 Wash. Rev. Code Ann. § 10.79.070(1) (West 1990).
Wildlife Act, R.S.B.C. 1996, ch. 488, art. 92 [mod. 1999, ch. 24, art. 21], 93(c).

Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston. *La*

- Women in Kingston*. Toronto: The Commission of Inquiry, 1996.
- Canada. Law Reform Commission of Canada. *Report on Recodifying Criminal Procedure*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.
- Canada. Law Reform Commission of Canada. Working Paper 30. *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*. Ottawa: The Commission, 1983.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1996.
- Canada. Task Force on the Criminal Justice System and Its Impact on the Indian and Metis People of Alberta. *Justice on Trial: Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta*, vol. II. Edmonton: The Task Force, 1991.
- Cohen, Stanley A. “Search Incident to Arrest” (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.
- Cohen, Stanley A. “Search Incident to Arrest: How Broad an Exception to the Warrant Requirement?” (1988), 63 C.R. (3d) 182.
- Corpus Juris*, vol. V. New York: American Law Book, 1916.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.
- Lyons, Jeffrey S. Toronto Police Services Board Review. *Search of Persons Policy — The Search of Persons — A Position Paper*, April 12, 1999.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Newman, Dwight. “Stripping Matters to Their Core: Intrusive Searches of the Person in Canadian Law” (1999), 4 *Can. Crim. L.R.* 85.
- Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*. Toronto: The Commission, 1995.
- Shuldiner, Paul R. “Visual Rape: A Look at the Dubious Legality of Strip Searches” (1979), 13 *J. Marshall L. Rev.* 273.
- Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2001.
- Toronto Police Service. *Policy & Procedure Manual: Search of Persons, Arrest & Release*, July 1999.
- Prison des femmes de Kingston*. Toronto : La Commission d’enquête, 1996.
- Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *Rapport : Pour une nouvelle codification de la procédure pénale*, vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.
- Canada. Commission de réforme du droit du Canada. Document de travail 30. *Les pouvoirs de la police : Les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*. Ottawa : La Commission, 1983.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa : Commission royale sur les peuples autochtones, 1996.
- Canada. Task Force on the Criminal Justice System and Its Impact on the Indian and Metis People of Alberta. *Justice on Trial : Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta*, vol. II. Edmonton : The Task Force, 1991.
- Cohen, Stanley A. « Search Incident to Arrest » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.
- Cohen, Stanley A. « Search Incident to Arrest : How Broad an Exception to the Warrant Requirement? » (1988), 63 C.R. (3d) 182.
- Corpus Juris*, vol. V. New York : American Law Book, 1916.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1996.
- Lyons, Jeffrey S. Toronto Police Services Board Review. *Search of Persons Policy — The Search of Persons — A Position Paper*, April 12, 1999.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg : Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Newman, Dwight. « Stripping Matters to Their Core : Intrusive Searches of the Person in Canadian Law » (1999), 4 *Rev. can. D.P.* 85.
- Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario*. Toronto : La Commission, 1995.
- Shuldiner, Paul R. « Visual Rape : A Look at the Dubious Legality of Strip Searches » (1979), 13 *J. Marshall L. Rev.* 273.
- Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2001.
- Toronto Police Service. *Policy & Procedure Manual : Search of Persons, Arrest & Release*, July 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, [1999] O.J. No. 5585 (QL), affirming the decision of the Ontario Court (General Division), [1998] O.J. No. 5963 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. dissenting.

David M. Tanovich, for the appellant.

J. W. Leising and *Morris Pistyner*, for the respondent.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Kent Roach and *Kimberly R. Murray*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto.

David Migicovsky and *Lynda Bordeleau*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Donald McLeod and *Julian K. Roy*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

Frank Addario and *Jonathan Dawe*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The reasons of McLachlin C.J. and Gonthier and Bastarache JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) — This case is not about the determination of the scope of a free-standing right to privacy. It simply concerns the reasonability of a specific search executed without a warrant, in the context of a defence under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While this Court recognizes that s. 8 protects an individual's reasonable expectation of privacy, it also recognizes that the expectation is one that must be balanced against the competing interest of law enforcement; see *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158. Following the adoption of the *Charter* and the articulation therein of the right to be secure against unreasonable search and seizure, this Court established a general presumptive requirement obligating law enforcement authorities to obtain

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, [1999] O.J. No. 5585 (QL), confirmant une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1998] O.J. No. 5963 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache sont dissidents.

David M. Tanovich, pour l'appelant.

J. W. Leising et *Morris Pistyner*, pour l'intimée.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Kent Roach et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto.

David Migicovsky et *Lynda Bordeleau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Donald McLeod et *Julian K. Roy*, pour l'intervenante African Canadian Legal Clinic.

Frank Addario et *Jonathan Dawe*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — La présente affaire ne porte pas sur la délimitation d'un droit distinct au respect de la vie privée. Elle a simplement trait au caractère raisonnable d'une fouille particulière effectuée sans mandat, dans le contexte d'une défense fondée sur l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si notre Cour reconnaît que l'art. 8 protège l'attente raisonnable qu'une personne peut avoir en matière de vie privée, elle reconnaît aussi que cette attente doit être soumise en fonction de l'intérêt concurrent qu'a l'État dans l'application de la loi; voir les arrêts *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158. À la suite de l'adoption de la *Charte* et de la constitutionnalisation dans celle-ci du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, notre Cour

a warrant before conducting a search; see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. Nevertheless, several exceptions to the general presumption that prior authorization is required exist; see *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393. Among the exceptions recognized by this Court as constitutionally valid is the long-standing common law authority to search incident to arrest without prior authorization; see *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, and *Cloutier*, *supra*. The particular circumstances of this case do not require a new definition of this broad common law exception, but rather require a closer examination of the prerequisites for the reasonable exercise of this power when the nature of the search, in this case a strip search, affects more directly the privacy interests of the accused. The privacy interest is upheld not by removing or limiting the actual authority to search, but rather by ensuring the reasonableness of the search.

à établi une présomption générale selon laquelle les autorités chargées d'appliquer la loi doivent obtenir un mandat avant de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie; voir l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Il existe toutefois plusieurs exceptions à la présomption générale prescrivant l'obtention d'une autorisation préalable; voir l'arrêt *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393. Au nombre des exceptions dont la constitutionnalité a été reconnue par notre Cour figure le traditionnel pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation sans autorisation préalable; voir les arrêts *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, et *Cloutier*, précité. Les circonstances propres à l'espèce n'appellent pas une nouvelle définition de cette vaste exception de common law, mais invitent plutôt à un examen plus approfondi des conditions préalables à l'exercice raisonnable de ce pouvoir lorsque la nature de la fouille, en l'occurrence une fouille à nu, touche plus directement le droit à la vie privée de l'accusé. La protection du droit à la vie privée passe non pas par l'élimination ou la limitation du pouvoir même de procéder à une fouille, mais plutôt par le contrôle du caractère raisonnable de la fouille.

2

My colleagues Iacobucci and Arbour JJ. have provided the factual background and summarized the decisions at trial and on appeal. They have also given a thorough description of the historical development of the right to search incidental to an arrest. I need not return to this. I would however note that the law has not categorized personal searches according to the degree of intrusiveness of the search. The same requirements justifying the conduct of a search incident to arrest apply regardless of whether the accused is subjected to a “frisk”, a fingerprinting, the taking of a bodily sample or a strip search. These requirements were summarized by my colleagues (at para. 75) and include that the search be carried out for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of a weapon or evidence, and that it not be conducted in an abusive fashion. In addition, the power to search incident to arrest is a discretionary one and need not be exercised where police are satisfied that the law can be

Mes collègues les juges Iacobucci et Arbour ont énoncé les faits et résumé les décisions des juridictions inférieures. Ils ont aussi donné une description détaillée de l'évolution historique du droit de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Il est inutile que j'y revienne. J'aimerais toutefois faire remarquer que la loi n'a pas catalogué les fouilles personnelles en fonction de leur caractère plus ou moins envahissant. Les exigences relatives à la justification d'une fouille accessoire à une arrestation sont les mêmes, peu importe que l'accusé soit soumis à une fouille sommaire, à la prise d'empreintes digitales, au prélèvement de substances corporelles ou à une fouille à nu. Ces exigences ont été résumées par mes collègues (au par. 75) et elles prévoient notamment que la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d'une arme ou d'éléments de preuve, et qu'elle ne doit pas être effectuée de façon abusive. De plus, le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est discrétionnaire et les policiers ne sont pas tenus

effectively and safely applied in its absence; see *Cloutier, supra*, at p. 186.

The unworkability of an approach that would create distinct categories of searches rests in the fact that all of the types of searches listed above may take many forms ranging from a low degree of intrusiveness to a high degree of intrusiveness, depending on the circumstances of the case. For example, on the facts of this case, the strip search of the accused which occurred in the stairwell was possibly not more intrusive than “pat-down” or frisk searches. By contrast, the search in the restaurant impacted more severely on the privacy and dignity of the accused. The standard of justification to which police will be held depends on the circumstances of the specific search in question, not upon the category into which it is placed.

An approach which would categorize searches according to the degree of intrusiveness also risks confusion. The taking of a hair or other easily obtainable bodily sample may seem no more intrusive than a full strip search. The taking of a hair sample in the absence of a warrant may nonetheless be found to violate s. 8 if police are not able to justify the search on the basis that it was for the purpose of discovering and preserving evidence or seizing weapons incident to arrest; see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. By contrast, a strip search conducted in the absence of prior authorization may be lawful if it meets the common law requirements of a search incident to arrest even if the search was very intrusive.

In all cases, providing the arrest is lawful and the object of the search is related to the crime, the sole issue is the reasonability of the search. My colleagues assert that the fact that police have reasonable and probable grounds to carry out an arrest does not confer on them the authority to carry out a strip search, even where the strip search is related to the purpose of the arrest. They add an additional

de l'exercer dans les cas où ils sont convaincus que l'application de la loi peut s'effectuer d'une façon efficace et sécuritaire sans l'intervention d'une fouille; voir l'arrêt *Cloutier*, précité, p. 186.

L'impraticabilité d'une approche qui créerait des catégories distinctes de fouilles tient au fait que toutes les sortes de fouilles susmentionnées peuvent revêtir de nombreuses formes, très peu ou très envahissantes selon les circonstances de l'affaire. En l'espèce, par exemple, la fouille à nu à laquelle l'accusé a été soumis dans la cage d'escalier n'était peut-être pas plus envahissante qu'une fouille sommaire ou par palpation. Par contraste, la fouille effectuée dans le restaurant a porté davantage atteinte à la vie privée et à la dignité de l'accusé. La norme de justification applicable aux policiers dépend des circonstances propres à la fouille en question, et non de la catégorie à laquelle elle appartient.

Une approche qui classerait les fouilles selon leur caractère plus ou moins envahissant risque aussi de semer la confusion. Le prélèvement d'un échantillon de cheveux et de poils ou d'autres substances corporelles faciles à obtenir peut donner l'impression de ne pas être plus envahissant qu'une fouille à nu intégrale. Le prélèvement d'un échantillon de cheveux et de poils sans mandat peut néanmoins être qualifié de violation de l'art. 8 si la police est incapable de justifier la fouille en établissant qu'elle visait à recueillir et à préserver des éléments de preuve ou à saisir des armes accessoirement à l'arrestation; voir l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Par contraste, une fouille à nu effectuée sans autorisation préalable peut être légale si elle remplit les exigences de la common law en matière de fouilles accessoires à une arrestation, même si elle est très envahissante.

Dans tous les cas, pourvu que l'arrestation soit légale et que le but de la fouille soit lié à l'infraction, il ne reste à trancher que la question du caractère raisonnable de la fouille. Mes collègues affirment qu'il ne suffit pas que les policiers aient des motifs raisonnables de procéder à une arrestation pour être habilités à effectuer une fouille à nu, même lorsque la fouille à nu est liée au but de l'arrestation. Ils

3

4

5

requirement in the case of strip searches that the police must establish reasonable and probable grounds justifying the conduct of the strip search itself. By placing strip searches in a category distinct from other types of searches, my colleagues have bypassed this Court's decision in *Cloutier*, *supra*, at pp. 185-86, that the existence of reasonable and probable grounds is not a prerequisite to the existence of a police power to search. I agree with my colleagues that the more intrusive the search and the higher the degree of infringement of personal privacy, the higher degree of justification; however, I disagree that the common law requires police to prove that they had reasonable and probable grounds to justify the strip search. Interpreting the common law in a manner consistent with *Charter* principles does not require the Court to redefine the common law right by adding this additional requirement. The existing common law rule that police demonstrate an objectively valid reason for the arrest rather than for the search is consistent with s. 8 of the *Charter*, provided that the strip search is for a valid objective and is not conducted in an abusive fashion.

6

The common law right to search incidental to an arrest is justified in part by the need to discover and preserve evidence. The courts have long acknowledged that the effectiveness and the legitimacy of the law enforcement system depends on the ability of police to find and preserve relevant evidence which may assist in the investigation and prosecution of the accused: see *Cloutier*, *supra*; *R. v. Lim* (No. 2) (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (Ont. H.C.J.); *Beare*, *supra*. My colleagues would severely limit the availability of this justification for strip searches by requiring police officers to conduct all strip searches at the police station. I do not agree that the discovery of evidence should be postponed to a time where the search can take place at a police station. The common law requirements that the evidence sought be related to the reason for the arrest and that the search be conducted in a manner that is not abusive apply to protect accused persons from indiscriminate or unreasonable searches regardless

ajoutent une exigence supplémentaire dans le cas des fouilles à nu, à savoir que les policiers doivent établir des motifs raisonnables justifiant la fouille à nu en soi. En classant les fouilles à nu dans une catégorie distincte des autres types de fouilles, mes collègues court-circuitent l'arrêt *Cloutier*, précité, p. 185-186, dans lequel notre Cour a statué « que la présence de motifs raisonnables et probables n'est pas un prérequis à l'existence du pouvoir de fouille par les policiers ». Je conviens avec mes collègues que plus les fouilles sont envahissantes et plus le degré d'atteinte à la vie privée est élevé, plus le degré de justification doit être élevé; je ne partage toutefois pas l'opinion selon laquelle la common law oblige les policiers à prouver qu'ils avaient des motifs raisonnables pour justifier la fouille à nu. Pour donner à la common law une interprétation judiciaire qui s'harmonise avec les principes de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de redéfinir le droit reconnu en common law en lui ajoutant cette exigence supplémentaire. La règle de common law existante en vertu de laquelle les policiers sont tenus de démontrer l'existence d'une raison objectivement valide justifiant l'arrestation plutôt que la fouille est conforme à l'art. 8 de la *Charte*, pourvu que la fouille à nu vise un but valide et qu'elle ne soit pas effectuée de manière abusive.

Le droit de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est justifié en partie par la nécessité de recueillir et de préserver des éléments de preuve. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que l'efficacité et la légitimité du système d'application de la loi dépendent de la capacité des agents de police de recueillir et de préserver les éléments de preuve pertinents susceptibles de servir au déroulement de l'enquête et de la poursuite visant l'accusé : voir les arrêts *Cloutier*, précité; *R. c. Lim* (No. 2) (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (H.C.J. Ont.); *Beare*, précité. Mes collègues limiteraient grandement la possibilité de recourir à cette justification pour les fouilles à nu en obligeant les agents de police à effectuer toutes les fouilles à nu au poste de police. Je ne crois pas qu'on doive reporter l'obtention d'éléments de preuve à un moment où la fouille peut être effectuée au poste de police. Les conditions de la common law exigeant que la preuve soit liée au motif de l'arrestation et

of whether the search occurs at the station or in the field.

The fear that evidence may be destroyed or lost before arriving at the police station is genuine. The common law rules must have regard to the realities of the situation. Police officers are not always close to a station. They operate in remote areas and are often alone. In my view, the argument that the risk of the detainee getting rid of the evidence is minimal is as unrealistic as the belief that an accused can never escape during his transfer to the police station or that a detainee can never escape from a prison. Also unrealistic is the assumption that evidence dropped or left behind by an accused could “easily” be linked circumstantially back to the accused.

My colleagues refer to the English legislation, the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, as authority for the requirement that searches be conducted in police stations. Although foreign legislation can be useful as a source of criteria to determine the reasonableness of a search, I think it is clearly excessive to adopt foreign legislation to reinvent the common law rule in Canada. This is particularly inopportune given that the foreign legislation referred to by my colleagues was specifically adopted to supersede the common law. In my view, the proposed rule that all strip searches proceed at a police station absent exigent circumstances should be left to Parliament.

Furthermore, by stating that exigent circumstances will only exist where there is a demonstrated necessity and urgency to search for weapons or objects that could be used to threaten safety, my colleagues have in fact abolished the right to search for evidence upon arrest. In doing so, they have drawn an unprecedented and unworkable distinc-

que la fouille soit effectuée d’une manière non abusive concourent à protéger les accusés contre les fouilles systématiques ou abusives, peu importe que la fouille se déroule au poste de police ou sur les lieux.

La crainte que des éléments de preuve soient détruits ou perdus avant l’arrivée au poste de police est authentique. Les règles de common law doivent tenir compte de la réalité concrète de chaque situation. Les policiers ne se trouvent pas toujours à proximité d’un poste de police. Ils couvrent des secteurs éloignés, souvent seuls. À mon avis, il est aussi irréaliste de prétendre que le risque que le détenu se débarrasse des éléments de preuve est minime que de croire qu’un accusé ne pourra jamais s’enfuir au cours de son trajet vers le poste de police, ou qu’un détenu ne pourra jamais s’évader de prison. Il est également irréaliste de supposer qu’il serait « facile » d’établir le lien entre l’accusé et un élément de preuve qu’il aura laissé tomber ou abandonné.

Mes collègues se fondent sur la législation britannique, soit à la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, pour exiger que les fouilles se déroulent au poste de police. Même s’il peut être utile de se reporter aux dispositions législatives étrangères comme source des critères de détermination du caractère raisonnable d’une fouille, je pense qu’il est clairement excessif d’adopter une loi étrangère pour réinventer la règle de common law au Canada. Cela est d’autant plus contre-indiqué que la loi étrangère invoquée par mes collègues a expressément été adoptée afin de remplacer la common law. Selon moi, il serait préférable de laisser au législateur le soin d’adopter la règle proposée, à savoir que toutes les fouilles à nu devraient être effectuées au poste de police, sauf dans des situations d’urgence.

De plus, en précisant que les situations d’urgence ne peuvent se produire que lorsque sont établies la nécessité et l’urgence de trouver des armes ou des objets susceptibles de menacer la sécurité, mes collègues ont en fait aboli le droit de procéder à des fouilles à la recherche d’éléments de preuve au moment de l’arrestation. Ce faisant, ils ont

7

8

9

tion between the objective of discovering and preserving evidence and the objective of searching for weapons; objectives which they recognized in their reasons as the “twin rationales for the common law power of search incident to arrest” (para. 95). There is no demonstrated need for such a radical change to the common law power. My colleagues come to the conclusion that the trial judge erred in determining that the search was reasonable in all of the circumstances principally on the basis that there were no exigent circumstances to justify a search outside the police station. I disagree with their conclusion on the basis that the police are under no obligation to defer the search.

10

With regard to the manner in which the search was conducted, I would agree with the Crown that the three searches must be looked at individually and justified according to the circumstances applicable to each of them. In my view, the first search was perfectly justified. As provided for in *Cloutier*, *supra*, the reasonable and probable grounds for the arrest provided the authority to search for evidence related to the crime. The arresting officers had reasonable cause to believe the accused was hiding evidence. Information that the accused had been observed passing a white powdery substance to other persons and receiving cash in return was passed onto the arresting officers by the surveillance team, giving rise to a suspicion that the accused would have crack cocaine on his person. In addition, as the arresting officer approached the accused, he observed the accused crushing something between his fingers that left a white residue. During the course of the arrest, the police found what looked to be cocaine under the table where one of the suspects was arrested.

11

The manner in which the first search was conducted was not abusive. The search was minimally intrusive on the accused’s privacy. It was conducted

établi une distinction inédite et impraticable entre l’objectif de recueillir et de préserver des éléments de preuve, d’une part, et l’objectif de trouver des armes, d’autre part, alors que, dans leurs motifs, ils ont qualifié ces mêmes objectifs de « double fondement du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation » (par. 95). La nécessité de procéder à une modification aussi radicale de ce pouvoir de common law n’a pas été démontrée. En se fondant principalement sur le fait qu’il n’y avait aucune situation d’urgence justifiant que la fouille soit effectuée à l’extérieur du poste de police, mes collègues sont arrivés à la conclusion que le juge du procès a commis une erreur en statuant que la fouille était raisonnable eu égard à toutes les circonstances. Je ne suis pas d’accord avec leur conclusion étant donné que les agents de police ne sont aucunement tenus de reporter la fouille.

En ce qui a trait à la manière dont la fouille a été effectuée, je partage l’avis du ministère public que les trois fouilles doivent être examinées séparément et justifiées en tenant compte des circonstances applicables à chacune d’elles. À mon avis, la première fouille était parfaitement justifiée. Ainsi qu’il a été énoncé dans l’arrêt *Cloutier*, précité, les motifs raisonnables de procéder à l’arrestation habilitaient aussi les policiers à effectuer la fouille à la recherche d’éléments de preuve liés à l’infraction. Les agents qui ont procédé à l’arrestation avaient des motifs raisonnables de croire que l’accusé cachait des éléments de preuve. L’équipe de surveillance leur avait transmis des renseignements portant que l’accusé avait été vu en train de remettre une substance ayant l’apparence d’une poudre blanche à d’autres personnes en échange d’argent, ce qui les a amenés à soupçonner l’accusé d’avoir du crack sur lui. De plus, lorsqu’il s’est approché de l’accusé, l’agent qui a procédé à l’arrestation a vu l’appelant écraser entre ses doigts quelque chose qui a laissé un résidu blanc. Au cours de l’arrestation, la police a trouvé ce qui semblait être de la cocaïne sous la table à laquelle l’un des suspects a été arrêté.

La manière dont la première fouille a été effectuée n’était pas abusive. Cette fouille a porté une atteinte minimale à la vie privée de l’accusé. Elle a

in a private place and by one officer of the same gender as the accused. The officer did not remove the accused's clothing but only pulled back his underwear in order to visually inspect his buttocks. The officer used minimal force until the accused hip-checked and scratched him, at which point the officer responded with force only to regain control of the situation.

With regard to the second search, I would dispute in particular the obligation that my colleagues put on the arresting officer to obtain the authorization of a senior officer at para. 113. I find no authority for such a requirement and see no value in submitting the evaluation of the situation to a person who is not present nor independent of the police. Furthermore, similar to the obligation that police conduct searches only at the station, the imposition of this requirement negates the purpose of the common law power by imposing an additional barrier to the ability of the police to immediately seize evidence or weapons. The case law has always recognized that the search power is applicable to the arresting officer, the very person who is in the position to act with the immediacy justified by the exception. Given the problems inherent in the requirement for prior authorization, the preferred approach to protecting the rights of the accused is to hold police to a higher degree of justification when a highly intrusive search has been conducted; see S. A. Cohen, "Search Incident to Arrest" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.

In finding the manner of the search unreasonable, my colleagues emphasized not only the "unilateral" decision of the officers, but also the danger to the health and safety of the accused and the failure of the police to give the accused the opportunity to remove his own clothing. In my view, too much was made of the issue of the appellant's health and safety, which is but one factor to be considered in the context of the reasonableness analysis. While it may have been preferable to conduct the search in

été effectuée dans un endroit privé, par un agent du même sexe que l'accusé. L'agent n'a pas enlevé les vêtements de l'accusé, mais il a seulement tiré son sous-vêtement vers l'arrière afin de procéder à une inspection visuelle des fesses de l'accusé. L'agent a recouru à la force minimale avant que l'accusé lui donne un coup de hanche et le griffe, après quoi il n'a réagi par la force que pour reprendre la maîtrise de la situation.

En ce qui a trait à la deuxième fouille, je contesterais plus particulièrement l'obligation que mes collègues imposent à l'agent procédant à l'arrestation d'obtenir l'autorisation d'un supérieur au par. 113. Je ne trouve aucune source qui vienne appuyer une telle exigence ni ne vois l'intérêt qu'il y aurait à soumettre l'appréciation de la situation à une personne qui n'est pas présente ni indépendante de la police. De plus, à l'instar de l'obligation faite aux agents de ne procéder aux fouilles qu'au poste de police, l'imposition de cette exigence fait échec à l'objet même du pouvoir de common law en imposant une entrave supplémentaire à la capacité de la police de saisir immédiatement des éléments de preuve ou des armes. La jurisprudence reconnaît depuis toujours que le pouvoir de procéder à des fouilles appartient à l'agent procédant à l'arrestation, c'est-à-dire la personne même qui est en position d'agir de façon aussi immédiate que le commande cette exception. Étant donné les problèmes inhérents à l'exigence d'obtenir une autorisation préalable, la démarche à privilégier pour assurer la protection des droits de l'accusé consiste à assujettir les agents de police à un degré de justification plus élevé lorsqu'ils procèdent à une fouille très envahissante; voir S. A. Cohen, « Search Incident to Arrest » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.

En concluant que la manière dont la fouille a été effectuée était abusive, mes collègues ont souligné non seulement la décision « unilatérale » des agents, mais également le danger pour la santé et la sécurité de l'accusé et le fait que les agents n'ont pas donné à ce dernier la possibilité de retirer lui-même ses vêtements. À mon avis, ils ont fait trop grand cas de la question de la santé et de la sécurité de l'appelant, qui ne constitue qu'un facteur parmi d'autres à prendre en considération dans le con-

12

13

more sanitary conditions, the appellant adduced no evidence of any health risk or health effect resulting from the use of the gloves. In circumstances such as this, I believe that regard must be had to the need for a police officer at the time of arrest to make instantaneous decisions without having the luxury of reflection; see *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973).

14

I also disagree with my colleagues' insistence that police must always give the accused an opportunity to remove his own clothing. In this case, the officer might have given the accused the opportunity to undo his pants during the search in the stairwell, but his failure to make such a request by no means rendered the search unreasonable. With respect to the second search in the restaurant, regard must be had to the fact that the accused struggled with the officers such that they required another officer to assist them. In circumstances where the accused resists arrest or acts violently toward police, it seems unlikely that the accused will comply with a request to remove his or her own clothing. I strongly disagree with an approach which would turn this factor or any of the other factors into hard and fast requirements that must be met each and every time a strip search is conducted, without regard to the particular circumstances of the case.

15

On the other hand, my colleagues give practically no importance to the lack of cooperation and resistance of the accused, stating at para. 116 that there is "no requirement [to] cooperate with the violation [of one's rights]". I disagree with my colleagues that resistance to a lawful arrest is justified as a refusal to cooperate with a violation of s. 8. In my opinion, resistance to arrest can be met with the minimal force necessary. It is also an important consideration in determining the breach of the accused's privacy interests. All persons must be treated with dignity and respect, but the expectation of privacy of the accused in the circumstances

texte de l'analyse du caractère raisonnable. Bien qu'il eût été préférable de procéder à la fouille dans des conditions plus hygiéniques, l'appelant n'a présenté aucune preuve quant au risque ou aux effets qu'aurait entraînés l'utilisation des gants concernant sa santé. En pareilles circonstances, je crois qu'il faut prendre en considération le fait que, lors de l'arrestation, l'agent de police doit prendre des décisions instantanément, sans pouvoir s'offrir le luxe d'une longue réflexion; voir l'arrêt *United States c. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973).

Je suis aussi en désaccord avec l'insistance que mettent mes collègues à exiger que la police donne toujours à l'accusé l'occasion de se dévêtir lui-même. En l'espèce, l'agent aurait pu donner à l'accusé l'occasion de dégrafer son pantalon pendant la fouille dans la cage d'escalier, mais le fait de ne pas lui avoir offert cette possibilité n'a en rien rendu la fouille abusive. En ce qui a trait à la deuxième fouille dans le restaurant, il faut tenir compte du fait que l'accusé s'est débattu contre les agents de police, à tel point qu'ils ont dû demander l'assistance d'un autre agent. Dans des circonstances où l'accusé résiste à son arrestation ou s'en prend de façon violente à la police, il semble peu probable qu'il accède à la demande de se dévêtir lui-même. Je m'oppose fortement à une approche qui transformerait ce facteur ou un autre facteur en des exigences inflexibles auxquelles il faut absolument satisfaire chaque fois qu'une fouille à nu est effectuée, sans égard aux circonstances particulières de l'espèce.

Par ailleurs, mes collègues n'accordent pratiquement aucune importance à l'absence de collaboration et à la résistance de l'accusé, précisant, au par. 116, que « nul n'est tenu de coopérer à la violation [de ses] droits ». Je ne partage pas l'avis de mes collègues que la résistance à une arrestation légale est justifiée à titre de refus de coopérer à une violation de l'art. 8. À mon avis, lorsqu'une personne résiste à son arrestation, on peut lui opposer la force minimale nécessaire. Il s'agit aussi d'une considération importante dans l'appréciation de l'atteinte portée au droit à la vie privée de l'accusé. Toute personne doit être traitée avec dignité et respect,

of this case must be measured in light of his conduct.

Despite my disagreement with the emphasis my colleagues have placed on certain aspects of the second search, I agree that the second search did violate the accused's s. 8 rights. In this case, the police had actual knowledge that the accused was in possession of what was thought to be narcotics, providing a greater opportunity to ensure that the evidence would not be lost before reaching the station. In addition, the accused's refusal to give up the evidence meant that it could be seized at the scene only if the police conducted the strip search in less than private conditions and applied a degree of force which may not have been necessary had the search been conducted at the station. Given these circumstances, the police should have concluded that close custody and immediate transfer to the station were the appropriate means of pursuing the ends of justice.

Having found a breach of s. 8, it is necessary to conduct a s. 24(2) analysis to determine whether the evidence obtained contrary to s. 8 should have been excluded at trial. As my colleagues point out, this is a theoretical exercise in this case since the appellant has already served his sentence. I will not proceed to a detailed analysis, in these circumstances, but find that the administration of justice would not be brought into disrepute by admitting the object of the search.

In deciding this issue, the Court must consider whether the admission of evidence would render the appellant's trial unfair, whether the violation was serious and whether the exclusion would have a more serious impact on the repute of the administration of justice than admitting it; see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. In this case, the appellant concedes that the admission of the evidence would not jeopardize the fairness of the trial. The evidence

mais l'attente de l'accusé en matière de vie privée dans les circonstances de l'espèce doit être appréciée à la lumière de son comportement.

En dépit de mon désaccord avec mes collègues quant à l'accent qu'ils ont mis sur certains aspects de la deuxième fouille, je conviens avec eux que la deuxième fouille a porté atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'art. 8. En l'espèce, les agents de police savaient pertinemment que l'accusé était en possession de ce qui semblait être des stupéfiants, ce qui leur permettait encore mieux d'éviter que les éléments de preuve ne disparaissent avant l'arrivée au poste de police. De plus, le refus de l'accusé de remettre l'élément de preuve signifiait qu'il serait impossible de saisir cet élément sur les lieux sans que la police procède à la fouille à nu dans des conditions moins propices qu'en privé et qu'elle applique un degré de force qui n'aurait peut-être pas été nécessaire si la fouille s'était déroulée au poste de police. Vu ces circonstances, les agents de police auraient dû conclure qu'une garde serrée et un transfert immédiat au poste constituaient les moyens appropriés pour réaliser les fins de la justice.

Puisqu'il y a eu manquement à l'art. 8, il est nécessaire de procéder à une analyse en vertu du par. 24(2) afin de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de l'art. 8 auraient dû être écartés au procès. Comme le soulignent mes collègues, il s'agit d'un exercice purement théorique dans le cas qui nous occupe puisque l'appelant a déjà purgé sa peine. Je ne m'engagerai donc pas dans une analyse détaillée, compte tenu des circonstances, mais je conclus que l'utilisation de l'objet de la fouille n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Pour trancher cette question, notre Cour doit se demander si l'admission des éléments de preuve rendrait le procès de l'appelant inéquitable, si l'atteinte était grave et si l'exclusion des éléments de preuve déconsidérerait plus l'administration de la justice que ne le ferait leur utilisation; voir l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. L'appelant concède que l'admission de la preuve ne menacerait pas le caractère équitable du procès. La preuve relative

16

17

18

of the narcotics was not conscriptive of the accused and was otherwise discoverable.

19 Regarding the seriousness of the violation, this Court has considered the obtrusiveness of the search, the individual's expectation of privacy in the area searched, the existence of reasonable and probable grounds and the good faith of the police; see *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 34. The search was quite intrusive due to the exposure of the accused's buttocks and genitalia and the attempt by police to retrieve the evidence. In addition, the accused had a reasonably high expectation of privacy with respect to the physical area of his body that was searched. The actions of the accused nonetheless led to a diminished expectation of privacy. Had the accused cooperated with police during the first search and permitted them to retrieve the evidence, the second more intrusive search would not have been necessary. In addition, the circumstances of the arrest provided the police with reasonable grounds to believe that the evidence would be found on the accused, a conclusion supported by the factual findings of the trial judge. Finally, there is no evidence to suggest that the officers acted out of bad faith or that they were plainly aware that they were violating the accused's s. 8 rights.

20 The question of whether the exclusion of the evidence would have a more serious impact on the repute of the administration of justice than its admission must be answered in the affirmative. Drug trafficking is recognized as a serious crime. Although we do not have the benefit of conclusion of the trial judge on this issue, it is reasonable to assume that the use of this evidence at trial played an important role in linking the accused to the commission of the crime.

21 For the above reasons, I would dismiss the appeal.

aux stupéfiants n'a pas été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et elle aurait pu être découverte par d'autres moyens.

En ce qui a trait à la gravité de l'atteinte, notre Cour a pris en considération le caractère envahissant de la fouille, les attentes en matière de vie privée de la personne visée à l'endroit où la fouille a eu lieu, l'existence de motifs raisonnables et probables et la bonne foi de la police; voir l'arrêt *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 34. La fouille était assez envahissante en raison de l'exposition des fesses et des parties génitales de l'accusé et de la tentative de la police de récupérer l'élément de preuve. L'accusé avait en outre une attente raisonnablement élevée de respect de la vie privée en ce qui a trait à la partie de son corps qui a été soumise à la fouille. Les actes de l'accusé ont toutefois réduit cette attente. Si l'accusé avait collaboré avec les agents de police au cours de la première fouille et leur avait permis de retirer la preuve, il n'aurait pas été nécessaire de procéder à la deuxième fouille, plus envahissante. De plus, les circonstances de l'arrestation ont donné à la police des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve pouvaient se trouver sur l'accusé, hypothèse que sont venues confirmer les conclusions de fait du juge du procès. Enfin, aucune preuve ne laisse croire que les agents de police ont agi de mauvaise foi ou qu'ils avaient clairement conscience de porter atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'art. 8.

Il faut répondre par l'affirmative à la question de savoir si l'exclusion de la preuve aurait plus déconsidéré l'administration de la justice que son utilisation. Le trafic de stupéfiants est reconnu comme un crime grave. Même si nous ne disposons pas de la conclusion du juge du procès sur ce point, nous pouvons raisonnablement présumer que l'utilisation de cette preuve lors du procès a joué un rôle important dans l'établissement du lien entre l'accusé et la perpétration de l'infraction.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I concur with Bastarache J., except I wish to reiterate the view I expressed in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at para. 167, that one factor in assessing the reasonableness of a relatively intrusive search, such as the strip search carried out in this case, is the existence of reasonable and probable grounds to justify the search. In my view, that factor was established in this case; nonetheless, I agree the second search violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the reasons articulated by Bastarache J.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. —

I. Introduction

The constitutional right to privacy requires that unjustified searches by the state be prevented. Accordingly, our Court has held that prior authorization, where feasible, is a precondition for a valid search and seizure (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145). At the same time, the power to search “incident to arrest” has developed as a long-standing exception to this customary rule. As a concept that has evolved at common law, the search incident to arrest power has been framed by nebulous parameters.

This Court has, however, taken important steps toward defining the nature and scope of this power within Canadian law. As a result, it has been established that this search power may include the authority to fingerprint or conduct a “frisk” search of an arrested individual (see respectively *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, and *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158). It may also authorize the search of a motor vehicle driven by an arrested person (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51). On the other hand, it does not entitle law enforcement authorities to conduct more invasive searches

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Je souscris à l'opinion du juge Bastarache, sauf que je tiens à réitérer le point de vue que j'ai exprimé dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 167, soit que, pour déterminer si une fouille à nu relativement envahissante, comme celle effectuée en l'espèce, est abusive ou raisonnable, il faut tenir compte notamment de l'existence de motifs raisonnables justifiant la fouille. Selon moi, ce facteur a été établi en l'espèce; je suis toutefois d'accord pour dire que la deuxième fouille contrevenait à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour les motifs exposés par le juge Bastarache.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR —

I. Introduction

Le droit constitutionnel au respect de la vie privée commande la prévention des fouilles injustifiées de la part de l'État. Notre Cour a donc statué que l'obtention d'une autorisation préalable, lorsqu'elle est possible, est une condition préalable à la validité d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145). Le pouvoir de procéder à une fouille « accessoire à une arrestation » constitue par ailleurs depuis longtemps une exception à cette règle coutumière. La notion de fouille accessoire à une arrestation ayant évolué dans le contexte de la common law, ses paramètres sont nébuleux.

Notre Cour a toutefois fait d'importants efforts pour mieux définir la nature et la portée de ce pouvoir en droit canadien. Il a ainsi été établi que ce pouvoir de procéder à des fouilles peut comprendre celui de relever les empreintes digitales d'une personne arrêtée ou de la fouiller sommairement (voir respectivement *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, et *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158). Il peut aussi autoriser la fouille d'un véhicule automobile conduit par une personne arrêtée (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51). En revanche, il ne permet pas aux autorités chargées d'appliquer la loi de procé-

22

23

24

of the person, with a view to obtaining bodily samples as evidence (*R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607).

25 Whether the search incident to arrest power is broad enough to encompass the authority to strip search an arrested individual is the question before us, and is one that has never been put directly in issue before this Court. In addition, an issue arises as to whether the common law, if it includes the power to strip search as incidental to an arrest, is reasonable. Finally, the Court must address whether the strip search conducted in the instant case was carried out in a reasonable manner.

26 For the reasons that follow, we are of the opinion that the common law search incident to arrest power does include the power to strip search. At the same time, this power is subject to limitations, which are discussed below. The prerequisites for and considerations surrounding the conduct of a valid strip search seek to balance the competing interests of valid law enforcement goals on the one hand, and individual privacy rights on the other. Given the proportionality created by these criteria, we conclude that the common law is reasonable. However, in the present case, the strip search of the appellant did not meet the requirements for a valid strip search incident to arrest. This being so, we find that the strip search to which the appellant was subject was unreasonable, and violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, in all of the circumstances, we would allow the appeal.

II. Factual Background

27 On January 18, 1997, in an effort to detect illegal drug activity in an area where trafficking was known to occur, officers from the Metropolitan Toronto Police Force set up an observation post in an unoccupied building across from a Subway sandwich shop that was approximately 70 feet away. From this vantage point and through the

der à des fouilles personnelles plus envahissantes en vue d'obtenir des échantillons de substances corporelles comme éléments de preuve (*R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607).

La première question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est assez vaste pour englober le pouvoir de soumettre une personne arrêtée à une fouille à nu; c'est une question qui n'a jamais été soumise directement à notre Cour. S'y ajoutent les questions de savoir si la common law, dans l'hypothèse où elle comprend le pouvoir de procéder à une fouille à nu accessoire à une arrestation, est raisonnable et, enfin, si la fouille à nu effectuée en l'espèce a été effectuée de manière raisonnable.

Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation englobe le pouvoir de procéder à une fouille à nu. Ce pouvoir est toutefois assujéti à des limites qui seront examinées plus loin. Les conditions préalables et les considérations de principe relatives à une fouille à nu valide visent à établir un équilibre entre les intérêts opposés que constituent, d'une part, des objectifs valides d'application de la loi et, d'autre part, le droit de chacun au respect de la vie privée. Étant donné la proportionnalité créée par ces critères, nous concluons que la common law est raisonnable. Néanmoins, en l'espèce, la fouille à nu de l'appellant n'a pas satisfait aux conditions de validité d'une fouille à nu accessoire à une arrestation. Nous concluons donc que la fouille à nu à laquelle l'appellant a été soumis était abusive et contraire à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les faits

Le 18 janvier 1997, voulant mettre au jour des activités de trafic de stupéfiants dans un secteur actif connu, des agents de la Police de la communauté urbaine de Toronto ont établi un poste d'observation dans un édifice inoccupé situé en face d'une sandwicherie Subway, à une distance d'environ 70 pieds. De ce point d'observation, à

use of a telescope, one of the officers manning the observation post, Constable Theriault, observed the appellant, a black male, who was in the shop. Constable Theriault testified that he had a clear view into the shop and saw two transactions in which persons entered the shop and received a substance from the appellant. The officer testified that he saw the appellant take the substance from the palm of his hand with his thumb and forefinger, and that the substance was white. He further testified that, given the place where this transaction occurred, the manner in which it took place, and the colour of the substance, he believed the substance was cocaine.

After the second transaction, Constable Theriault communicated with the five other police officers involved in the operation who were not stationed at the observation post: the “take-down” members of the team. He gave them descriptions of the persons involved, including the appellant. Given what he had witnessed, Constable Theriault believed the appellant was trafficking in drugs, and he instructed the take-down officers to arrest the appellant.

When the take-down occurred, the officers entered the shop and arrested the appellant for trafficking in cocaine. Two other individuals in the shop were also arrested. During the arrests, the police found what they believed to be crack cocaine under the table where one of the suspects was arrested. Constable Ryan, one of the two officers who first entered the shop and the officer who arrested the appellant, also observed the appellant crushing what appeared to be crack cocaine between his fingers.

Following the arrests, Constable Ryan conducted a “pat down” search of the appellant and looked in his pockets. He did not find any weapons or narcotics. This officer then decided to conduct a visual inspection of the appellant’s underwear and buttocks. Constable Ryan obtained from the shop’s employee the key to a door leading to the basement where public washrooms were located. On the landing at the top of the stairwell, Constable Ryan

l’aide d’un télescope, l’un des agents affectés à ce poste, l’agent Theriault, a observé l’appellant, un Noir, qui se trouvait dans le restaurant. Selon son témoignage, l’agent Theriault avait une vue nette de l’intérieur de l’établissement et a observé deux opérations au cours desquelles des personnes sont entrées dans le restaurant et ont reçu une substance de l’appellant. L’agent a déclaré avoir vu l’appellant prendre la substance entre le pouce et l’index dans la paume de sa main et observé que cette substance était blanche. Il a en outre déclaré que, compte tenu de l’endroit où l’opération a eu lieu, de la façon dont elle s’est déroulée et de la couleur de la substance, il croyait qu’il s’agissait de cocaïne.

Après la deuxième opération, l’agent Theriault a communiqué avec les cinq autres agents de police affectés à la mission qui ne se trouvaient pas au poste d’observation : les membres de l’équipe chargée d’effectuer la « descente ». Il leur a donné la description des personnes impliquées, l’appellant compris. À partir de ce qu’il avait vu, l’agent Theriault était convaincu que l’appellant faisait le trafic de stupéfiants et il a donné aux agents chargés d’effectuer la descente l’ordre de procéder à son arrestation.

Au cours de cette opération policière, les agents sont entrés dans le restaurant et ont arrêté l’appellant pour trafic de cocaïne. Deux autres personnes qui se trouvaient également dans le restaurant ont aussi été arrêtées. Au cours des arrestations, les policiers ont trouvé ce qui leur a semblé être du crack sous la table où l’un des suspects a été arrêté. L’agent Ryan, l’un des deux premiers agents à entrer dans le restaurant et celui qui a arrêté l’appellant, a aussi vu l’appellant écraser entre ses doigts ce qui semblait être du crack.

À la suite des arrestations, l’agent Ryan a procédé à une fouille sommaire de l’appellant et lui a fouillé les poches. Il n’a trouvé ni armes ni stupéfiants. Cet agent a alors décidé de procéder à une inspection visuelle du sous-vêtement et des fesses de l’appellant. L’agent Ryan a obtenu de l’employé du restaurant la clé de la porte conduisant au sous-sol, où se trouvaient les toilettes publiques. Sur le palier supérieur de l’escalier, l’agent Ryan a dégrafé

28

29

30

undid Mr. Golden's pants and pulled back the appellant's pants and long underwear. Looking inside the appellant's underwear, he saw a clear plastic wrap protruding from between the appellant's buttocks, as well as a white substance within the wrap. Constable Ryan testified that when he tried to retrieve the plastic wrap, the appellant "hip-checked" and scratched him, so that he lost his balance and almost fell down the flight of 14 stairs. Constable Ryan subsequently pushed the appellant into the stairwell, face-first.

31 Concerned that the landing was not a safe place to continue the search, Constables Ryan and Powell escorted the appellant to a seating booth at the back of the shop. Patrons remaining inside were asked to leave, and the front door was locked. However, the two other arrested suspects, five officers, and the shop's employee remained inside.

32 The officers forced the appellant to bend over a table. At this point, the appellant's pants were lowered to his knees and his underwear was pulled down. His buttocks and genitalia thus were completely exposed. According to the evidence, the partitions between the booths in the shop were high enough to block the view from the outside of the part of the shop where the search was conducted. The employee of the shop testified that passersby would not have been able to see what was taking place inside, but someone, "[i]f . . . look[ing] carefully by the side of the window", would have been able to see the appellant's leg.

33 Inside the shop, the officers tried to seize the package from the appellant's buttocks, but were unsuccessful, given that the appellant continued to clench his muscles very tightly. Following these attempts, the appellant accidentally defecated. The package, however, did not dislodge. Constable Powell then retrieved a pair of rubber dishwashing gloves from the shop's employee, put them on and again tried to remove the package. According to the testimony of the shop's employee, these gloves were used for cleaning the shop's washrooms and toilets. By this point, the appellant was face-down on the floor, with Constable Ryan holding down his

le pantalon de M. Golden, puis a tiré son pantalon et son caleçon long vers l'arrière. En regardant à l'intérieur du caleçon, il a vu un emballage de plastique transparent qui dépassait des fesses de l'appelant et une substance blanche à l'intérieur de cet emballage. L'agent Ryan a témoigné qu'au moment où il a tenté de retirer le sachet, l'appelant lui a donné un coup de hanche et l'a griffé, de sorte qu'il a perdu l'équilibre et qu'il a failli tomber dans l'escalier de 14 marches. L'agent Ryan a ensuite poussé l'appelant tête première vers le mur de la cage d'escalier.

Doutant que le palier soit un endroit sûr où poursuivre la fouille, les agents Ryan et Powell ont conduit l'appelant vers une banquette, à l'arrière du restaurant. Les clients présents ont été invités à quitter les lieux, puis la porte avant a été fermée à clé. Outre les deux autres suspects arrêtés, cinq agents de police et l'employé du restaurant sont toutefois restés à l'intérieur.

Les agents ont forcé l'appelant à se pencher sur une table. Ils lui ont alors baissé le pantalon aux genoux et ont tiré son caleçon vers le bas, exposant ainsi complètement ses fesses et ses organes génitaux. Selon la preuve, les cloisons entre les banquettes du restaurant étaient suffisamment élevées pour que la partie du restaurant où la fouille avait lieu soit à l'abri des regards de l'extérieur. L'employé du restaurant a témoigné que les passants n'auraient pas été capables de voir ce qui se passait à l'intérieur, mais que si quelqu'un avait [TRADUCTION] « regardé attentivement du côté de la fenêtre », il aurait pu voir la jambe de l'appelant.

Dans le restaurant, les agents ont tenté de retirer le sachet des fesses de l'appelant, mais sans succès, car celui-ci continuait à contracter très fermement ses muscles. À la suite de ces tentatives, l'appelant a accidentellement déféqué, sans toutefois que l'objet ne soit libéré. L'agent Powell a alors emprunté à l'employé du restaurant une paire de gants à vaisselle en caoutchouc, dont il s'est servi pour tenter à nouveau de retirer le sachet. Selon le témoignage de l'employé du restaurant, ces gants servaient au nettoyage des toilettes et cabinets du restaurant. L'appelant était alors couché au sol, face contre terre, et l'agent Ryan lui immobilisait les pieds.

feet. The officers instructed the appellant to “let it out” and to “relax”. Finally, Constable Powell was able to remove the package once the appellant unclenched his muscles. It contained 10.1 grams of crack cocaine, with a street value of between \$500 and \$2,000.

The appellant’s pants were pulled up and he was placed under arrest for possession of a narcotic for the purpose of trafficking, and for police assault. The appellant was then brought to 51 Division, located about a two-minute drive from the Subway shop. He was strip searched again at the police station, fingerprinted and detained pending a bail hearing.

On a *voir dire* hearing, the appellant applied to have the evidence obtained from the search excluded under ss. 8 and 24 of the *Charter*. The application was denied, and the evidence was admitted. The appellant was found guilty by a jury of possession of a narcotic for the purpose of trafficking, but acquitted on the police assault charge. He was sentenced to 14 months imprisonment, which he had served by the time this case was before our Court. The Court of Appeal for Ontario dismissed the appellant’s appeal from his conviction and sentence.

III. Relevant Constitutional Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

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

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

Les agents exhortaient l’appelant à [TRADUCTION] « lâcher ça » et à « se détendre ». L’agent Powell a finalement réussi à retirer le sachet après que l’appelant eut relâché ses muscles. Il contenait 10,1 grammes de crack, d’une valeur de revente se situant entre 500 \$ et 2 000 \$.

Une fois son pantalon relevé, l’appelant a été mis en état d’arrestation pour possession de stupéfiants en vue d’en faire le trafic et pour voies de fait contre un agent de police. L’appelant a ensuite été conduit au poste 51, situé à environ deux minutes en automobile de la sandwicherie Subway. Il a été de nouveau soumis à une fouille à nu au poste de police, puis on a pris ses empreintes digitales et on l’a gardé en détention jusqu’à son enquête sur le cautionnement.

Lors du *voir dire*, l’appelant a demandé que les éléments de preuve obtenus lors de la fouille soient exclus en vertu des art. 8 et 24 de la *Charte*. Il a été débouté de cette requête et la preuve a été admise. Au terme d’un procès devant jury, l’appelant a été reconnu coupable de possession de stupéfiants en vue d’en faire le trafic, mais acquitté de l’accusation de voies de fait contre un agent de police. Il a été condamné à 14 mois de détention, peine qu’il avait fini de purger avant l’audition du présent pourvoi devant notre Cour. La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté l’appel de l’appelant à l’encontre de sa déclaration de culpabilité et de sa sentence.

III. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

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

34

35

36

IV. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)*, [1998] O.J. No. 5963 (QL)

37 In a judgment delivered orally on a *voir dire*, McNeely J. stated that he was being asked to rule on whether the appellant's *Charter* rights had been breached by reason of an unreasonable search, and by reason of a violation of his privacy rights in the course of that search. Moreover, the court was required to consider whether it ought to exclude from the evidence the material that was seized during the search.

38 McNeely J. stated that it is "beyond question" that a search incident to a lawful arrest is an exception to the general rule that a warrantless search is *prima facie* illegal. Referring to this Court's decision in *Stillman, supra*, he noted that three conditions must be satisfied in order for a search to be valid under the common law power of search incident to arrest: (1) the arrest must be lawful; (2) the search must have been conducted as an incident to the lawful arrest; (3) the manner in which the search is carried out must be reasonable.

39 In regard to the first question, McNeely J. held that an officer is entitled to arrest someone whom he or she believes on reasonable and probable grounds has committed an offence. In this case, the police had an operation underway that provided visual observations of the appellant engaging in two transactions in an area known for drug trafficking. In this regard, McNeely J. stated at para. 9:

The nature of activity, the small quantity apparently involved, the manner in which it was handled, the colour of the substance, the locale in which it occurred, all of these would provide an objective basis on which the officer could found a belief, which he did form, on those reasonable and probable grounds that trafficking had occurred.

Moreover, the arrest took place immediately after the second transaction, and was based on information and descriptions provided by Constable The-

IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, [1998] O.J. No. 5963 (QL)

Dans un jugement rendu oralement sur un *voir dire*, le juge McNeely a dit qu'il était saisi de la question de savoir s'il avait été porté atteinte aux droits de l'appelant garantis par la *Charte* du fait d'une fouille abusive et de la violation de son droit à la vie privée au cours de cette fouille. La cour devait en outre déterminer s'il fallait exclure de la preuve l'élément saisi au cours de cette fouille.

Selon le juge McNeely, il [TRADUCTION] « ne fait aucun doute » qu'une fouille accessoire à une arrestation légale constitue une exception à la règle générale selon laquelle une fouille sans mandat est à première vue illégale. En se reportant à l'arrêt *Stillman*, précité, de notre Cour, il a noté que trois conditions doivent être remplies pour qu'une fouille soit valide en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation : (1) l'arrestation doit être légale; (2) la fouille doit être effectuée accessoirement à l'arrestation légale; (3) la fouille doit être effectuée de manière raisonnable.

En ce qui a trait à la première question, le juge McNeely a conclu qu'un agent de police est habilité à arrêter toute personne à l'égard de laquelle il a des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis une infraction. En l'espèce, les policiers effectuaient une opération qui leur a permis de voir l'appelant participer à deux opérations dans un secteur de trafic de stupéfiants connu. Voici ce que le juge McNeely a dit sur ce point, au par. 9 :

[TRADUCTION] La nature de l'activité, la petite quantité apparemment en jeu, la façon dont elle a été manipulée, la couleur de la substance, l'endroit où cela a eu lieu, tous ces éléments constituent une base objective sur laquelle l'agent pouvait fonder la conviction, qu'il a acquise, à partir de ces motifs raisonnables, qu'il y avait eu trafic.

De plus, l'arrestation a eu lieu immédiatement après la deuxième opération, et elle était fondée sur les renseignements et les descriptions transmis par

riault, who was stationed at the observation post and had witnessed the transactions through a telescope. Thus, not only did this officer have reasonable and probable grounds for believing the appellant committed an offence, but so did Constable Ryan, the arresting officer on the “take-down” team.

With respect to the second question, McNeely J. held that the search was conducted as an incident to the lawful arrest. Given that the appellant was arrested for drug trafficking, it was reasonable for the officers to believe that narcotic substances might be found on his person. It was not only necessary and reasonable that the appellant be patted down to make sure that safety concerns were satisfied, but also, that a search be made to see whether there was evidence that should be preserved for use at trial. McNeely J. thus stated at para. 20:

So having regard to the offence for which the arrest was made and the need to preserve evidence, I am satisfied that it is clear that the second requirement, I am satisfied that this was a search incident to a lawful arrest.

In regard to the third and final requirement, McNeely J. found that the police search was reasonable and did not attract a *Charter* violation. In this regard, he reiterated that the arrest was for drug trafficking, and emphasized the importance of obtaining and preserving evidence for the purposes of trial. McNeely J. also stated that, if the appellant had relaxed and not attempted to retain the package, the search could have been much shorter and less intrusive. Finally, he stated that although the search took place in a restaurant, the officers conducted it at the back of the store, and the evidence was that passersby outside would not have been able to see it take place. Finding that the search was reasonable and did not violate the appellant’s right to privacy, McNeely J. held that the evidence obtained from the search would be admissible at trial. He thus concluded his reasons for judgment as follows at para. 26:

l’agent Theriault, qui se trouvait au poste d’observation et qui avait été témoin des opérations grâce à un télescope. Ce n’est donc pas seulement ce policier qui avait des motifs raisonnables de croire que l’appelant avait commis une infraction, mais également l’agent Ryan, le membre de l’équipe chargée de la descente qui a procédé à l’arrestation.

En ce qui a trait à la deuxième question, le juge McNeely a statué que la fouille avait été effectuée accessoirement à l’arrestation légale. Comme l’appelant avait été arrêté pour trafic de stupéfiants, les agents pouvaient raisonnablement croire qu’il était possible de trouver des stupéfiants sur sa personne. Il était nécessaire et raisonnable non seulement de palper les vêtements de l’appelant pour répondre à des impératifs de sécurité, mais également de procéder à une fouille à la recherche d’éléments de preuve à préserver en vue du procès. Le juge McNeely a dit, au par. 20 :

[TRADUCTION] C’est pourquoi, eu égard à l’infraction pour laquelle il y a eu arrestation et à la nécessité de préserver la preuve, je suis convaincu que la deuxième condition est remplie, je suis convaincu qu’il s’agissait d’une fouille effectuée accessoirement à une arrestation légale.

En ce qui a trait à la troisième et dernière condition, le juge McNeely a conclu que la fouille policière était raisonnable et qu’elle ne contrevenait pas à la *Charte*. À cet égard, il a rappelé qu’il s’agissait d’une arrestation pour trafic de stupéfiants et souligné l’importance de recueillir et de préserver les éléments de preuve aux fins du procès. Le juge McNeely a aussi dit que si l’appelant s’était détendu et n’avait pas tenté de retenir le sachet, la fouille aurait pu être beaucoup plus courte et moins envahissante. Enfin, il a déclaré que même si la fouille s’était déroulée dans un restaurant, les agents l’avaient effectuée à l’arrière de l’établissement, et que la preuve montrait que les passants n’auraient pas pu la voir de l’extérieur. Après avoir conclu que la fouille était raisonnable et qu’elle ne portait pas atteinte au droit à la vie privée de l’appelant, le juge McNeely a conclu que les éléments de preuve obtenus au cours de la fouille étaient admissibles en preuve au procès. Il a conclu ses motifs par les propos suivants, au par. 26 :

40

41

I am satisfied that having regard to the nature of the offences on which the accused was arrested and the need to preserve evidence and the non-cooperation of the accused, that the officers acted in a reasonable manner. Accordingly, I am satisfied that the search in question was a search incident to a lawful arrest and carried out in a reasonable manner, and, therefore, was not an unreasonable search or an undue invasion of the privacy interests of the accused, and for that reason the results of the search will be admitted in evidence.

B. *Court of Appeal for Ontario*, [1999] O.J. No. 5585 (QL)

42 McNeely J.'s ruling was unanimously upheld by the Ontario Court of Appeal. The entire judgment of Osborne A.C.J.O. (for the court) stated:

McNeely, J. correctly set out the applicable legal principles. He found as a fact that the appellant held the bag containing cocaine in his buttocks. This is therefore not a body cavity search case. We see no basis upon which to interfere with this finding, or any of the other findings of fact made by the trial judge. We agree that there was no s. 8 violation in the circumstances and in doing so we accept the Trial Judge's reasons on the s. 8 issue. The appeal is dismissed.

V. Issues

43 This appeal raises two issues:

1. Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the strip search of the appellant did not violate s. 8 of the *Charter*?
2. If the strip search of the appellant violated s. 8 of the *Charter*, would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*?

VI. Analysis

A. *Introduction*

44 This Court has held that a search will be reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter* where (1) it is authorized by law; (2) the law itself is reasonable; and (3) the search is conducted in a rea-

[TRANSDUCTION] Je suis convaincu que, eu égard à la nature des infractions pour lesquelles l'accusé a été arrêté et à la nécessité de préserver la preuve ainsi qu'à l'absence de coopération de l'accusé, les agents ont agi de manière raisonnable. Par conséquent, je suis convaincu que la fouille en question était une fouille effectuée accessoirement à une arrestation légale et qu'elle a été effectuée de manière raisonnable et que, partant, elle ne constituait pas une fouille abusive ni une atteinte excessive au droit à la vie privée de l'accusé; pour cette raison, les résultats de la fouille seront admis en preuve.

B. *Cour d'appel de l'Ontario*, [1999] O.J. No. 5585 (QL)

La décision du juge McNeely a été confirmée à l'unanimité par la Cour d'appel de l'Ontario. Voici le libellé intégral de l'arrêt rendu par le juge en chef adjoint Osborne (au nom de la cour) :

[TRANSDUCTION] Le juge McNeely a énoncé correctement les principes juridiques applicables. Il a conclu, sur les faits, que l'appelant tenait entre ses fesses un sachet qui contenait de la cocaïne. Il ne s'agit donc pas d'un cas d'examen des cavités corporelles. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion, ni d'ailleurs aucune autre conclusion de fait tirée par le juge du procès. Nous sommes d'accord pour conclure qu'il n'y a pas eu manquement à l'art. 8 dans les circonstances et, ce faisant, nous retenons les motifs du juge du procès sur la question relative à l'art. 8. L'appel est rejeté.

V. Les questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions :

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que la fouille à nu de l'appelant ne contrevenait pas à l'art. 8 de la *Charte*?
2. Si la fouille à nu de l'appelant contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*?

VI. Analyse

A. *Introduction*

Notre Cour a statué qu'une fouille ne sera pas abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* (1) si elle est autorisée par la loi; (2) si la loi elle-même n'a rien d'abusif; et (3) si la fouille n'est pas effec-

sonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *Cloutier*, *supra*; *Stillman*, *supra*, at p. 633; *Caslake*, *supra*). Applying this analytical framework to the present case, the Court must address the following questions:

- (1) Was the search authorized by law?
- (2) Is the law itself reasonable?
- (3) Was the search conducted in a reasonable manner?

If these questions are answered in the affirmative, there will be no s. 8 violation (*Collins*, *supra*, at p. 278; *Debot*, *supra*; *Caslake*, *supra*; *Stillman*, *supra*). Conversely, if any of the questions is answered in the negative, then the strip search will violate s. 8 and it will be necessary to consider whether the evidence obtained as a result of the search should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Applying this analytical framework to the present case, the first question is whether the common law of search incident to arrest authorizes the police to conduct strip searches. If it does, the next question is whether the common law is reasonable. If the strip search was authorized by law and the law is reasonable, the final question is whether the strip search of the appellant was conducted in a reasonable manner.

This Court has emphasized on many occasions the need to strike the appropriate balance between the privacy interests of the accused on the one hand and the realities and difficulties of law enforcement on the other hand, most recently in the case of *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65. Similarly, in the present case, an appropriate balance must be achieved between the interest of citizens to be free from unjustified, excessive and humiliating strip searches upon arrest, and the interests of the police and of society in ensuring that persons who are arrested are not armed with weapons that they may use against the

tuée d'une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *Cloutier*, précité; *Stillman*, précité, p. 633; *Caslake*, précité). En appliquant ce cadre analytique à la présente espèce, la Cour doit répondre aux questions suivantes :

- (1) La fouille était-elle autorisée par la loi?
- (2) S'agit-il d'une loi qui elle-même n'a rien d'abusif?
- (3) La fouille a-t-elle été effectuée d'une manière raisonnable?

Si ces questions donnent lieu à des réponses affirmatives, il n'y a pas de violation de l'art. 8 (*Collins*, précité, p. 278; *Debot*, précité; *Caslake*, précité; *Stillman*, précité). Inversement, si l'une ou l'autre de ces questions reçoit une réponse négative, la fouille à nu contrevient à l'art. 8 et, partant, il faudra se demander si la preuve obtenue par suite de la fouille devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'application de ce cadre analytique à la présente espèce, la première question est de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation autorise la police à procéder à des fouilles à nu. Le cas échéant, la deuxième question consiste à déterminer si la common law n'est pas abusive. Si la fouille à nu était autorisée par la loi et que la loi n'est pas abusive, la question finale est de savoir si la fouille à nu de l'appelant a été effectuée d'une manière raisonnable.

Notre Cour a souligné à nombre d'occasions, et tout récemment dans l'arrêt *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, la nécessité d'établir un juste équilibre entre, d'une part, le droit à la vie privée de l'accusé et, d'autre part, les réalités et difficultés relatives à l'application de la loi. De même, dans la présente espèce, il faut établir un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts qu'ont les citoyens à demeurer à l'abri des fouilles à nu injustifiées, excessives et humiliantes effectuées lors d'une arrestation et, d'autre part, les intérêts qu'ont la police et la société à s'assurer que les personnes qui sont arrêtées ne sont pas en

45

46

police, themselves or others, and in finding and preserving relevant evidence.

47

The appellant submits that the term “strip search” is properly defined as follows: the removal or rearrangement of some or all of the clothing of a person so as to permit a visual inspection of a person’s private areas, namely genitals, buttocks, breasts (in the case of a female), or undergarments. This definition in essence reflects the definition of a strip search that has been adopted in various statutory materials and policy manuals in Canada and other jurisdictions (see for example: Toronto Police Service, *Policy & Procedure Manual: Search of Persons, Arrest & Release* (1999), at p. 3; *Crimes Act 1914* (Austl.), Part 1AA, c. 3C, s. 1 “strip search”; Cal. Penal Code § 4030 (West 2000); Colo. Rev. Stat. Ann. § 16-3-405 (West 1998); Wash. Rev. Code Ann. § 10.79.070(1) (West 1990)). In our view, this definition accurately captures the meaning of the term “strip search” and we adopt it for the purpose of these reasons. This definition distinguishes strip searches from less intrusive “frisk” or “pat-down” searches, which do not involve the removal of clothing, and from more intrusive body cavity searches, which involve a physical inspection of the detainee’s genital or anal regions. While the mouth is a body cavity, it is not encompassed by the term “body cavity search”. Searches of the mouth do not involve the same privacy concerns, although they may raise other health concerns for both the detainee and for those conducting the search.

48

Applying this definition of strip search to the facts, the appellant was subjected to three strip searches in the present case. The first strip search occurred in the stairwell when Constable Ryan undid the appellant’s trousers, pulled back the long underwear the appellant was wearing and looked down the long underwear at the appellant’s but-

possession d’armes dont elles pourraient se servir contre la police, contre elles-mêmes ou contre autrui, ainsi qu’à trouver et à préserver des éléments de preuve pertinents.

L’appelant fait valoir que la définition suivante décrit correctement l’expression « fouille à nu » : action d’enlever ou de déplacer en totalité ou en partie les vêtements d’une personne afin de permettre l’inspection visuelle de ses parties intimes, à savoir ses organes génitaux externes, ses fesses, ses seins (dans le cas d’une femme) ou ses sous-vêtements. Cette définition reflète essentiellement la définition de la fouille à nu qui a été adoptée dans nombre de dispositions législatives et de manuels de politique au Canada et à l’étranger (voir par exemple : Toronto Police Service, *Policy & Procedure Manual : Search of Persons, Arrest & Release* (1999), p. 3; *Crimes Act 1914* (Aust.), partie 1AA, ch. 3C, art. 1 « *strip search* »; Cal. Penal Code § 4030 (West 2000); Colo. Rev. Stat. Ann. § 16-3-405 (West 1998); Wash. Rev. Code Ann. § 10.79.070(1) (West 1990)). À notre avis, cette définition rend correctement le sens de l’expression « fouille à nu » et nous la retenons aux fins des présents motifs. Cette définition différencie les fouilles à nu à la fois des fouilles sommaires ou par palpation, moins envahissantes parce qu’elles n’impliquent par l’enlèvement de vêtements, et des examens des cavités corporelles, plus envahissants parce qu’ils impliquent l’inspection physique des régions génitale ou anale de la personne détenue. Bien que la bouche soit aussi une cavité corporelle, elle n’est pas visée par l’expression « examen des cavités corporelles ». L’examen de la bouche ne pose pas les mêmes problèmes en matière de vie privée, bien qu’il puisse soulever d’autres questions concernant la santé à la fois de la personne détenue et de celles qui procèdent à la fouille.

En appliquant cette définition de la fouille à nu aux faits de l’espèce, force est de constater que l’appelant a été soumis à trois fouilles à nu. La première fouille à nu a eu lieu dans la cage d’escalier, lorsque l’agent Ryan a dégrafé le pantalon de l’appelant, a tiré vers l’arrière le caleçon long qu’il portait et lui a regardé les fesses à l’intérieur de son

tocks. The second strip search occurred in the back of the restaurant at which point the appellant's pants and underwear were pulled down to his knees while the officers tried to seize the package from between the appellant's buttocks. This second strip search also involved the police officers using rubber dish gloves to forcibly remove the package containing the cocaine from between the appellant's buttocks. This physical contact with the appellant's buttocks in the course of the second strip search places this search farther along on the spectrum of intrusiveness than the first search, although on the evidence it falls short of being a body cavity search. The third strip search occurred at the police station.

B. *Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the strip search of the appellant did not violate Section 8 of the Charter?*

(1) Does the Common Law “Search Incident to Arrest” Power Include the Power to Strip Search?

It is clear that the common law in Canada recognizes the power of police to search a lawfully arrested person for the purpose of seizing weapons or evidence that may be in his possession (*Cloutier, supra*, at pp. 180-81). What is not clear, however, and what must be decided in this case, is the scope of this power to search incident to arrest. Specifically, does the common law authorize strip searches and, if it does, are there any restrictions at common law on the power to conduct such searches? In considering whether the common law in Canada authorizes strip searches carried out as an incident to arrest and, if so, whether the common law is consistent with s. 8 of the *Charter*, it is helpful to review the law concerning warrantless personal searches in the United Kingdom and the United States as well as the case authorities in Canada both before and after the enactment of the *Charter*.

caleçon. La deuxième fouille à nu s'est produite à l'arrière du restaurant, lorsque les agents lui ont baissé le pantalon et le caleçon jusqu'aux genoux et ont tenté de retirer le sachet coincé entre les fesses de l'appelant. Lors de cette deuxième fouille à nu les agents ont en outre utilisé des gants à vaisselle en caoutchouc pour retirer de force le sachet contenant de la cocaïne des fesses de l'appelant. Ce contact physique avec les fesses de l'appelant au cours de la deuxième fouille à nu place cette fouille plus haut que la première fouille sur l'échelle du caractère envahissant, bien que, d'après la preuve, elle ne constitue pas un examen des cavités corporelles. La troisième fouille à nu a eu lieu au poste de police

B. *La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que la fouille à nu de l'appelant ne contrevenait pas à l'art. 8 de la Charte?*

(1) Le pouvoir de common law de procéder à une « fouille accessoire à une arrestation » englobe-t-il le pouvoir d'effectuer une fouille à nu?

Il est clair que la common law au Canada reconnaît à la police le pouvoir de soumettre une personne arrêtée légalement à une fouille, afin de saisir les armes ou les éléments de preuve qu'elle pourrait avoir en sa possession (*Cloutier, précité*, p. 180-181). Une question n'est toutefois pas claire et doit être tranchée par notre Cour en l'espèce, savoir celle de l'étendue de ce pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Plus précisément, la common law autorise-t-elle les fouilles à nu et, le cas échéant, existe-t-il des restrictions en common law qui viennent limiter le pouvoir de procéder à de telles fouilles? Pour déterminer si la common law au Canada autorise les fouilles à nu effectuées accessoirement à l'arrestation et, le cas échéant, si la common law est compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, il est utile de passer en revue les règles de droit régissant les fouilles personnelles effectuées sans mandat au Royaume-Uni et aux États-Unis, de même que les décisions rendues au Canada avant comme après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

(a) *United Kingdom*

50

The common law power of police officers to search a person as an incident to arrest is a long-standing principle in English common law. However, the practice of carrying out such searches predates the common law authority for doing so (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 30, *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement* (1983), at p. 48). The tolerance of such searches appears to be attributable to the historical tolerance of intrusive acts towards persons accused of crimes, as well as the fact that most objects seized upon arrest, such as bags of coins or weapons, could be found without any lengthy personal search: Law Reform Commission, *supra*.

51

The first reported cases in which individuals challenged the legality of personal searches appeared in the nineteenth century. In *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, in an action against police for assault by an individual who was arrested, searched, beaten and locked in a cell overnight for drunkenness, Williams J. made the following comments about the common law search power at p. 332:

With respect to searching a prisoner, there is no doubt that a man when in custody may so conduct himself, by reason of violence of language or conduct, that a police officer may reasonably think it prudent and right to search him, in order to ascertain whether he has any weapon with which he might do mischief to the person or commit a breach of the peace; but at the same time it is quite wrong to suppose that any general rule can be applied to such a case. Even when a man is confined for being drunk and disorderly, it is not correct to say that he must submit to the degradation of being searched, as the searching of such a person must depend upon all the circumstances of the case.

52

In *Bessell v. Wilson* (1853), 17 J.P. 52 (Q.B.), decided in the same year as *Leigh, supra*, Campbell C.J. criticized the searching of the plaintiff at the station house and made the following general

a) *Le Royaume-Uni*

Le pouvoir de common law qu'ont les agents de police de fouiller une personne accessoirement à son arrestation est un principe établi de longue date en common law britannique. Cependant, la pratique de ces fouilles précède la formulation de la règle de common law qui les autorise (Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 30, *Les pouvoirs de la police : Les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* (1983), p. 52). Cette attitude permissive à l'égard de telles fouilles semble provenir de la tolérance traditionnelle envers les actes constituant des atteintes aux droits des personnes accusées de crime, de même que du fait que la plupart des objets saisis lors d'une arrestation, par exemple les sacs de monnaie et les armes, pouvaient habituellement être découverts sans une fouille approfondie de la personne : Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*

Les premières décisions publiées portant sur la légalité des fouilles personnelles remontent au dix-neuvième siècle. Dans l'affaire *Leigh c. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, où le tribunal était saisi d'une action pour voies de fait intentée contre la police par une personne qui avait été arrêtée, fouillée, battue et emprisonnée une nuit pour ivresse, le juge Williams a fait le commentaire suivant au sujet du pouvoir de common law de procéder à une fouille, à la p. 332 :

[TRADUCTION] Quant au droit de fouiller un prisonnier, il arrivera sans doute qu'un détenu se conduise de façon telle, par son langage ou son comportement violent, qu'un agent de police pense raisonnablement qu'il est utile et juste de le fouiller afin de s'assurer qu'il ne porte pas d'arme avec laquelle il pourrait blesser une personne ou perturber l'ordre public; toutefois, il est tout à fait erroné de supposer qu'une règle générale peut s'appliquer à un tel cas. Même lorsqu'une personne est arrêtée parce qu'elle est en état d'ébriété et se conduit mal, il n'est pas juste de dire qu'elle doit se soumettre à la déchéance d'être fouillée, étant donné que la fouille d'une telle personne doit dépendre de toutes les circonstances de l'espèce.

Dans l'affaire *Bessell c. Wilson* (1853), 17 J.P. 52 (Q.B.), tranchée la même année que l'affaire *Leigh*, précitée, le juge en chef Campbell a critiqué la manière dont le demandeur avait été fouillé au poste

comments about when it is appropriate to search a prisoner at p. 52:

It is often the duty of an officer to search a prisoner. If for instance, a man is taken in the commission of a felony, he may be searched to see whether the stolen articles are in his possession, or whether he has any instruments of violence about him, and, in like manner, if he be taken on a charge of arson, he may be searched to see whether he has any fire-boxes or matches about his person.

In the Scottish case of *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (H.C.J.), the power to fingerprint an accused was held to be encompassed by the power to search incident to arrest. The court also indicated that stripping an accused for identification purposes could be justified at common law (at pp. 487-88):

As regards undue invasion of the personal rights of the accused, one must have a sense of proportion. Certain it is that in practice, hitherto unchallenged, a person who is suspected of crime may be brought — with reasonable violence in the event of his resistance — to the police station, that he may be paraded for purposes of identification, that he may be stripped, and that he may be searched for any incriminating natural or artificial mark upon his person. . . . All these things are done with a view to establishing the identity of the suspect.

The power of search and seizure incident to arrest was considered more recently in England in the cases of *Lindley v. Rutter*, [1980] 3 W.L.R. 660 (Q.B.), and *R. v. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532. Both cases involved searches of female detainees at the police station carried out by female officers, and the removal of articles worn by the detainees. In *Lindley*, the article removed was a brassiere. In *Naylor*, the officer removed the detainee's earrings, rings and necklace. In both cases, it was a matter of police policy to remove the items in question. The detainees in both cases resisted the search and seizure and were charged with assaulting a police officer. In *Lindley*, the defendant successfully appealed her conviction for unlawfully assaulting a police officer. The court concluded that, as the

de police, et il a fait les commentaires généraux suivants au sujet des circonstances dans lesquelles il convient de soumettre un prisonnier à une fouille, à la p. 52 :

[TRADUCTION] Un policier est souvent obligé de fouiller un détenu. Si par exemple, une personne est arrêtée parce qu'elle a commis une infraction majeure, on peut la fouiller pour voir si elle est en possession des objets volés ou si elle porte des instruments qui ont servi à la perpétration du crime; de même si elle est arrêtée sous une accusation de crime d'incendie, on peut la fouiller pour voir si elle porte un briquet ou des allumettes.

Dans l'affaire écossaise *Adair c. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (H.C.J.), la cour a conclu que le pouvoir de soumettre l'accusé à la prise d'empreintes digitales était compris dans le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. La cour a aussi précisé que le déshabillage d'un accusé à des fins d'identification pouvait être justifié en common law (aux p. 487-488) :

[TRADUCTION] En ce qui a trait à l'atteinte injustifiée aux droits personnels de l'accusé, il faut avoir le sens de la mesure. Il est certain, et incontesté jusqu'à présent, qu'en pratique la personne qui est soupçonnée d'avoir commis un crime peut être emmenée — avec usage d'une force raisonnable en cas de résistance — au poste de police, qu'elle peut être soumise à une séance d'identification, qu'elle peut être déshabillée et fouillée par la police à la recherche de toute marque naturelle ou artificielle incriminante sur sa personne. [. . .] Toutes ces mesures sont prises afin d'établir l'identité du suspect.

Les tribunaux anglais se sont prononcés plus récemment sur le pouvoir de procéder à des fouilles et à des saisies accessoirement à une arrestation dans les affaires *Lindley c. Rutter*, [1980] 3 W.L.R. 660 (Q.B.), et *R. c. Naylor*, [1979] *Crim. L.R.* 532. Dans les deux cas, des policières qui fouillaient des détenues au poste de police leur ont enlevé des articles qu'elles portaient. Dans l'affaire *Lindley*, c'est le soutien-gorge de la détenue qui avait été enlevé. Dans l'affaire *Naylor*, la policière avait enlevé les boucles d'oreille, les bagues et le collier de la détenue. Dans les deux cas, l'enlèvement des articles en question était prévu dans la politique de la police. Dans les deux cas, les détenues ont résisté à la fouille et à la saisie et ont été accusées de voies de fait à l'endroit d'une policière. Dans

53

54

search and removal of the brassiere was not justified, the defendant was entitled to use reasonable force to resist and the assault charge could not stand. In *Naylor*, the trial judge directed the jury to return a verdict of not guilty on the basis that the police officers did not have the right to search the plaintiff and remove her jewellery and that the defendant was therefore entitled to resist in the way that she did.

55 The common law power to search arrested persons is expressed as follows in *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 11, 1976, at para. 121, quoted in *Lindley*, *supra*, at p. 665:

There is no general common law right to search a person who has been arrested, but such a person may be searched if there are reasonable grounds for believing (1) that he has on his person any weapon with which he might do himself or others an injury or any implement with which he might effect an escape, or (2) that he has in his possession evidence which is material to the offence with which he is charged.

56 What emerges from the cases above is that while the power to conduct warrantless searches as an incident to arrest did exist at common law in England, it was also subject to some limitations. Specifically, the cases suggest that the power is limited to searching for weapons or for evidence relevant to the offence for which the individual was arrested. These limitations on the scope of the power to search incident to arrest suggest a concern with balancing the privacy rights of the arrested person against the duty of the police to protect themselves and others against any weapons that may be in the detainee's possession and to preserve and seize evidence in furtherance of their role enforcing the criminal law (see *Lindley*, *supra*, at p. 665).

l'affaire *Lindley*, la défenderesse a réussi à faire annuler en appel sa condamnation pour voies de fait à l'endroit d'une policière. Selon la cour, puisque la fouille et l'enlèvement du soutien-gorge n'étaient pas justifiés, la défenderesse avait le droit de faire usage d'une force raisonnable pour résister, de sorte qu'elle ne pouvait être reconnue coupable de voies de fait. Dans l'affaire *Naylor*, le juge du procès a ordonné au jury de rendre un verdict d'acquittement au motif que les policières n'avaient pas le droit de fouiller l'accusée et de lui enlever ses bijoux, et que celle-ci avait par conséquent le droit de résister comme elle l'avait fait.

Le pouvoir de common law de soumettre des personnes arrêtées à une fouille est énoncé de la façon suivante dans l'ouvrage *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 11, 1976, par. 121, cité dans l'arrêt *Lindley*, précité, p. 665 :

[TRADUCTION] Il n'existe aucun droit général en common law de soumettre à une fouille une personne qui vient d'être arrêtée, mais cette personne peut être soumise à une fouille s'il existe des motifs raisonnables de croire (1) qu'elle porte quelque arme susceptible de lui servir à se blesser ou à blesser autrui ou tout instrument susceptible de l'aider à s'enfuir, ou (2) qu'elle est en possession d'éléments de preuve pertinents relativement à l'infraction dont elle est inculpée.

Il ressort des décisions susmentionnées que le pouvoir de procéder à des fouilles sans mandat accessoirement à une arrestation existait bien en common law en Angleterre, mais qu'il était aussi assujéti à certaines limites. Plus précisément, ces décisions laissent entendre que ce pouvoir se limite à la recherche d'armes et d'éléments de preuve pertinents relativement à l'infraction pour laquelle la personne est arrêtée. Ces limites quant à l'étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation laissent entrevoir le souci d'établir un équilibre entre le droit à la vie privée de la personne arrêtée et l'obligation qu'ont les agents de police d'assurer leur propre protection et celle d'autrui contre toute arme que le détenu pourrait avoir en sa possession, ainsi que de préserver et de saisir des éléments de preuve dans l'accomplissement de leur fonction d'application du droit pénal (voir *Lindley*, précité, p. 665).

The common law power to carry out a personal search upon arrest in England has been superseded by the statutory powers of search set out in the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 (“P.A.C.E.”). The four main categories of search under the P.A.C.E. scheme are the “superficial” search, “full” search, “strip” search and “intimate” search. Superficial searches do not require the suspect to remove any indoor clothing, while a full search may involve the removal of clothing but does not involve the removal of underclothing.

A strip search, which is defined in Annex A to P.A.C.E. Code of Practice C as “a search involving the removal of more than outer clothing” may only be carried out in compliance with the rules relating to strip searches set out in the P.A.C.E. Code. Such a search must always be carried out by a person of the same sex as the person being searched, out of sight of anyone of the opposite sex and anyone who does not need to be present. Normally two people must be present in addition to the person searched. Although the search involves the removal of all clothing, it should be done in such a way that the person is never completely undressed and should be conducted as quickly as possible. While a visual inspection of genital and anal areas may be conducted, no physical contact may be made. If objects are discovered in any body orifice other than the mouth and the person refuses to hand them over, their removal would constitute an intimate search which must be carried out in accordance with the rules pertaining to intimate searches.

An “intimate” search under the P.A.C.E. is analogous to a body cavity search. It involves a physical examination of a person’s body orifices other than the mouth. Intimate searches are only permitted under the P.A.C.E. where the police have reasonable grounds for believing that the detained person is concealing a weapon or that the person is concealing a listed drug that he intended to supply

En Angleterre, le pouvoir de common law de procéder à une fouille corporelle accessoire à une arrestation a été remplacé par les pouvoirs légaux de fouille et de perquisition établis dans la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60 (« P.A.C.E. »). Les quatre catégories principales de fouilles sous le régime de la P.A.C.E. sont la fouille « superficielle » (« *superficial search* »), la fouille « intégrale » (« *full search* »), la fouille « à nu » (« *strip search* ») et la fouille « intime » (« *intimate search* »). La fouille superficielle n’oblige pas le suspect à enlever des vêtements d’intérieur, tandis que la fouille intégrale peut comporter l’enlèvement de vêtements, mais non des sous-vêtements.

La fouille à nu, qui est définie à l’annexe A du P.A.C.E. Code of Practice C comme une [TRA-DUCTION] « fouille comportant l’enlèvement de vêtements ne se limitant pas à l’habillement de dessus », ne peut être effectuée qu’en conformité avec les règles établies à cet égard dans le P.A.C.E. Code. Cette fouille doit toujours être effectuée par une personne du même sexe que la personne qui est fouillée, à l’abri du regard de toute personne du sexe opposé et de quiconque dont la présence n’est pas nécessaire. Elle se passe normalement en présence de deux personnes outre celle qui fait l’objet de la fouille. Même si cette fouille implique l’enlèvement de tous les vêtements, elle doit être effectuée de façon à ce que la personne ne soit jamais complètement dévêtue et de la manière la plus expéditive possible. Même si elle peut comporter une inspection visuelle des régions génitale et anale, elle ne doit donner lieu à aucun contact physique. L’enlèvement d’objets décelés dans tout orifice corporel autre que la bouche et que la personne refuse de remettre constitue une fouille intime qui doit être effectuée dans le respect des règles régissant ce type de fouille.

La fouille « intime » prévue par la P.A.C.E. est analogue à un examen des cavités corporelles. Elle implique un examen physique des orifices corporels de la personne autres que la bouche. En vertu de la P.A.C.E., la fouille intime n’est permise que lorsque la police a des motifs raisonnables de croire que la personne détenue cache une arme ou encore une drogue répertoriée qu’elle avait l’intention

57

58

59

to another or to export and that an intimate search is the only practicable means of removing the weapon or drug in question. Such a search may only be carried out at a hospital or other medical premises, or a police station, in the case of a weapon, and it must be carried out by a registered medical practitioner or registered nurse unless this is not practicable. In addition, no person of the opposite sex who is not a medical practitioner or nurse shall be present.

(b) *U.S.A.*

60 While Canadian common law is derived primarily from British common law, as L'Heureux-Dubé J. noted in *Cloutier, supra*, at p. 175, it is nevertheless of assistance to look at the American law of warrantless searches of the person in considering the appropriate balance between the rights of individual being searched and the right of the police to search in Canada.

61 The common law rule of search incident to arrest is expressed as follows in the *Corpus Juris* (1916), vol. V, at p. 434:

After making an arrest an officer has the right to search the prisoner, removing his clothing if necessary, and take from his person, and hold for the disposition of the trial court any property which he in good faith believes to be connected with the offense charged, or that may be used as evidence against him, or that may give a clue to the commission of the crime or the identification of the criminal, or any weapon or implement that might enable the prisoner to commit an act of violence or effect his escape.

62 As noted by Professor LaFave in his text *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (3rd ed. 1996), vol. 3, at pp. 132-34, the American courts have upheld a wide variety of search procedures carried out in the context of warrantless searches as an incident to lawful arrest, including: “the placing of the arrestee’s hands under an ultraviolet lamp; examining the arrestee’s arms to determine the age of burn marks; swabbing the arrestee’s hands with a chemical substance; taking scrapings

de fournir à autrui ou d’exporter, et que la fouille intime constitue la seule façon réaliste de retirer l’arme ou la drogue en question. Cette fouille ne peut être effectuée que dans un hôpital ou un autre établissement de santé, ou dans un poste de police, dans le cas d’une arme, et elle doit être pratiquée par un médecin ou une infirmière autorisés, sauf si cela n’est pas raisonnablement possible. De plus, aucune personne du sexe opposé qui n’est pas médecin ou infirmière ne peut être présent durant la fouille.

b) *États-Unis*

Même si la common law canadienne ressortit principalement de la common law de l’Angleterre, ainsi que l’a noté le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Cloutier*, précité, p. 175, il est néanmoins utile de se pencher sur le droit américain en matière de fouilles personnelles effectuées sans mandat lorsqu’il s’agit d’établir un juste équilibre entre les droits des personnes assujetties à une fouille et le droit de la police de procéder à des fouilles au Canada.

La règle de common law régissant les fouilles accessoires à une arrestation est énoncée en ces termes dans le *Corpus Juris* (1916), vol. V, p. 434 :

[TRADUCTION] Après une arrestation, l’agent de la paix a le droit de fouiller le prisonnier, de le dévêtir si c’est nécessaire, de lui enlever et de tenir à la disposition du tribunal de première instance tout bien qu’il croit de bonne foi avoir un rapport avec l’infraction reprochée, de même que tout bien pouvant servir de preuve contre l’accusé ou pouvant donner des indices quant à la perpétration du crime ou quant à l’identité du criminel, et toute arme ou tout instrument susceptible de permettre au prisonnier de commettre un acte violent ou de s’évader.

Ainsi que l’a noté le professeur LaFave dans son ouvrage *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (3^e éd. 1996), vol. 3, p. 132-134, les tribunaux américains ont confirmé la validité d’une vaste gamme de méthodes employées pour procéder à une fouille sans mandat accessoirement à une arrestation légale, y compris [TRADUCTION] « passer les mains du détenu sous une lampe à rayons ultraviolets; examiner les bras du détenu afin de déterminer à quand remontent des marques

from under the arrestee's fingernails; taking a small sample of hair from the arrestee's head; obtaining a urine sample from the arrestee; giving the arrestee a breathalyzer examination; swabbing the arrestee's penis; taking dental impressions from the arrestee; or taking pubic hair combings from him".

The U.S. Supreme Court has considered the common law power to search incident to arrest on several occasions. In *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), the police arrested the accused for operating a vehicle after his operator's permit had been revoked. They conducted a "pat-down" search of the accused's clothing and pockets and found a quantity of heroin on his person. The majority held that this search did not contravene the Fourth Amendment to the Constitution. In determining whether the police had the power to conduct such a search, the majority reviewed the U.S. precedents, and concluded that they had recognized a power to search a lawfully arrested person as an incident to arrest. Such power was found to be well-rooted in the American legal tradition, and served the practical function of removing weapons from an arrestee and preventing the destruction of evidence in his or her possession. In reaching its conclusion, the majority (*per* Rehnquist J., as he then was) stated the following (at p. 235):

The authority to search the person incident to a lawful custodial arrest, while based upon the need to disarm and to discover evidence, does not depend on what a court may later decide was the probability in a particular arrest situation that weapons or evidence would in fact be found upon the person of the suspect. A custodial arrest of a suspect based on probable cause is a reasonable intrusion under the Fourth Amendment; that intrusion being lawful, a search incident to the arrest requires no additional justification. It is the fact of the lawful arrest which establishes the authority to search, and we hold that in the case of a lawful custodial arrest a full search of the person is not only an exception to the warrant requirement of the Fourth

de brûlure; appliquer une substance chimique sur les mains du détenu; faire un prélèvement sous les ongles du détenu; prélever un petit échantillon de cheveux du détenu; obtenir un échantillon d'urine du détenu; soumettre le détenu à l'alcootest; lui faire un prélèvement pénien; prendre ses empreintes dentaires ou lui prélever des poils pubiens à l'aide d'une brosse ».

La Cour suprême des États-Unis s'est penchée à maintes reprises sur le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Dans l'affaire *United States c. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973), la police avait arrêté l'accusé pour conduite d'un véhicule après la révocation de son permis de conduire. Les agents avaient procédé à une fouille par palpation des vêtements et des poches de l'accusé et avaient trouvé une certaine quantité d'héroïne sur lui. La cour a conclu à la majorité que cette fouille ne contrevenait pas au Quatrième amendement de la Constitution. Pour déterminer si les policiers avaient le pouvoir de procéder à une telle fouille, les juges majoritaires ont passé en revue la jurisprudence américaine et conclu qu'elle avait reconnu un pouvoir de soumettre une personne arrêtée légalement à une fouille accessoire à une arrestation. Selon la cour, ce pouvoir était bien ancré dans la tradition juridique américaine et il avait pour fonction pratique de désarmer le détenu et d'empêcher la destruction des éléments de preuve en sa possession. Pour fonder cette conclusion, les juges de la majorité (par la voix du juge Rehnquist, plus tard juge en chef) ont donné les motifs suivants (à la p. 235) :

[TRADUCTION] Le pouvoir de fouiller une personne accessoirement à une arrestation légale, bien que fondé sur le besoin de chercher des armes et des éléments de preuve, ne dépend pas de la décision subséquente d'un tribunal relativement à la probabilité que lors d'une arrestation en particulier, des armes ou des éléments de preuve puissent en fait être trouvés sur la personne du suspect. L'arrestation d'un suspect fondée sur des motifs probables constitue une atteinte raisonnable selon le Quatrième amendement; cette intrusion étant légitime, une fouille accessoire à l'arrestation n'exige aucune justification supplémentaire. Le pouvoir de fouiller est fondé sur l'arrestation légitime et nous sommes d'avis que, dans le cas d'une arrestation légitime, la fouille complète d'une

Amendment, but is also a 'reasonable' search under that Amendment.

The reasoning in *Robinson* was reiterated by the Supreme Court in *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260 (1973), a companion case to *Robinson*, which also involved a pat-down and a search of the arrestee's pockets upon arrest.

64 The U.S. Supreme Court has not stated explicitly whether strip searching falls within the scope of the power to search incident to arrest. However, comments made in *Illinois v. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983), suggest that strip searches may be permitted as an incident to placing an individual in custody: *Lafayette, supra*, at p. 645, *per* Burger C.J. The Fourth Amendment will not necessarily protect an arrestee against "minor intrusions" into the body carried out as an incident to arrest, such as blood tests taken incident to arrest for driving under the influence of alcohol: *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), at p. 772.

65 Aside from decisions of the U.S. Supreme Court, American appellate courts have considered the common law power to search incident to arrest and, in particular, whether it permits strip searches of arrestees. Routine strip searches of persons held in custody for minor offences have been held to be unconstitutional: *Giles v. Ackerman*, 746 F.2d 614 (9th Cir. 1984). On the other hand, legislation authorizing warrantless strip searches has been held to be constitutional provided that the search was based on "individualized, reasonable suspicion that the arrestee is concealing contraband": *State v. Audley*, 894 P.2d 1359 (Wash. Ct. App. 1995), at p. 1365. In *Swain v. Spinney*, 117 F.3d 1 (1st Cir. 1997), at p. 7, the First Circuit concluded that strip and "body cavity searches must be justified by at least a reasonable suspicion that the arrestee is concealing contraband or weapons".

personne ne constitue pas seulement une exception à l'exigence relative au mandat aux termes du Quatrième amendement, mais constitue également une fouille « raisonnable » aux termes de cet amendement.

Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Robinson* a été repris par la Cour suprême dans l'affaire *Gustafson c. Florida*, 414 U.S. 260 (1973), connexe à l'affaire *Robinson*, qui portait elle aussi sur une fouille par palpation et une fouille des poches du détenu au moment de son arrestation.

La Cour suprême des États-Unis n'a pas dit expressément si le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation englobe la fouille à nu. Toutefois, des commentaires faits dans l'arrêt *Illinois c. Lafayette*, 462 U.S. 640 (1983), donnent à penser que les fouilles à nu peuvent être permises accessoirement à la mise en détention d'une personne : *Lafayette*, précité, p. 645, le juge en chef Burger. Le Quatrième amendement ne protège pas nécessairement le détenu contre les [TRADUCTION] « atteintes mineures » portées au corps accessoirement à une arrestation, comme la prise d'échantillons de sang au moment de l'arrestation pour conduite avec facultés affaiblies : *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966), p. 772.

Outre les arrêts de la Cour suprême des États-Unis, les cours d'appel américaines se sont penchées sur le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, en particulier sur la question de savoir s'il permet de soumettre les détenus à des fouilles à nu. Les fouilles à nu systématiques des personnes détenues pour des infractions mineures ont été jugées inconstitutionnelles : *Giles c. Ackerman*, 746 F.2d 614 (9th Cir. 1984). Par ailleurs, des dispositions législatives autorisant les fouilles à nu sans mandat ont été jugées constitutionnelles pourvu que la fouille soit fondée sur un [TRADUCTION] « soupçon individualisé et raisonnable que le détenu cache des objets interdits » : *State c. Audley*, 894 P.2d 1359 (Wash. Ct. App. 1995), p. 1365. Dans l'arrêt *Swain c. Spinney*, 117 F.3d 1 (1st Cir. 1997), p. 7, la First Circuit Court a conclu que les fouilles à nu et [TRADUCTION] « les examens des cavités corporelles doivent être justifiés à tout le moins par un soupçon raisonnable que le détenu cache des objets interdits ou des armes ».

(c) *Canada*

In contrast with searches of the person incident to arrest, there is a plethora of legislative provisions dealing with searches of premises. In addition to s. 487 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides that reasonable grounds are required before a justice may issue a warrant authorizing the search of a “building, receptacle or place”, there are many other provisions in the administrative and regulatory context governing the search of premises (see for example *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 15; *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C. 1985, c. I-3, s. 7; *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, c. 488, ss. 92 and 93(c); *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1990, c. P.41, s. 17). The Law Reform Commission of Canada in its Working Paper on *Police Powers*, *supra*, at p. 20, remarked on this situation as follows:

The restricted availability of powers of personal search in this context [the criminal law context], however, is due less to a heightened respect for personal integrity on the part of Anglo-Canadian lawmakers than to the historical association of the warrant with searches of private dwellings. Indeed, the development over the last three centuries of the warrant, with its safeguards against unjustified entry into private domains, has been accompanied by the accrual of relatively discretionary warrantless powers to search persons.

Thus, searches of the person incident to arrest fall to be governed by the common law.

There are relatively few reported pre-*Charter* cases in Canada dealing with the lawfulness of searches of the person carried out as an incident to arrest. The lack of case authority on this issue is not surprising given the lack of effective remedies for unlawful searches, whether strip searches or other types of personal searches. Prior to the advent of s. 8 of the *Charter*, the only possible remedy for an unlawful strip search would have been a tort action for assault, battery or false imprisonment. The cost of bringing such an action, the low amount

c) *Canada*

Par contraste avec les fouilles de personnes effectuées accessoirement à une arrestation, il existe une surabondance de dispositions législatives traitant des perquisitions dans des locaux. Outre l’art. 487 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui exige l’existence de motifs raisonnables pour qu’un juge soit autorisé à délivrer un mandat autorisant une perquisition dans un « bâtiment, contenant ou lieu », il existe nombre d’autres dispositions dans le contexte administratif et réglementaire qui régissent les perquisitions dans des locaux (voir par exemple la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 15; la *Loi sur l’importation des boissons enivrantes*, L.R.C. 1985, ch. I-3, art. 7; la *Wildlife Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 488, art. 92, 93c); la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.R.O. 1990, ch. P.41, art. 17). Dans son document de travail sur *Les pouvoirs de la police*, *op. cit.*, p. 21, la Commission de réforme du droit du Canada a fait le commentaire suivant au sujet de cette situation :

Si les fouilles de personnes constituent un pouvoir ainsi limité [dans le contexte du droit pénal], cela ne tient pas véritablement à la grande importance attribuée par les législateurs anglo-canadiens à l’intégrité corporelle. L’explication réside plutôt dans le lien historique entre le mandat et les perquisitions dans les habitations. En fait, parallèlement à l’élaboration, au cours des trois derniers siècles, des garanties offertes par le mandat contre des entrées abusives dans des lieux privés, il y a eu multiplication de pouvoirs relativement discrétionnaires autorisant, sans mandat, les fouilles de personnes.

Les fouilles personnelles effectuées accessoirement à une arrestation sont donc régies par la common law.

Il existe, au Canada, relativement peu de décisions publiées antérieures à la *Charte* qui portent sur la légalité de fouilles personnelles accessoires à une arrestation. Le peu de jurisprudence sur cette question n’a rien de surprenant compte tenu de l’absence de réparation efficace pour les fouilles illégales, qu’il s’agisse de fouilles à nu ou d’autres types de fouilles personnelles. Avant l’entrée en vigueur de l’art. 8 de la *Charte*, la seule réparation possible en cas de fouilles à nu illégales aurait été une action en responsabilité délictuelle pour voies de fait, actes

of damages potentially recoverable and the ineffectiveness of civil actions as a remedy when real evidence was seized through an unlawful search likely explains the dearth of case law. Recent cases illustrate that damage awards in tort for unlawful strip searches remain low, and the costs of bringing a civil action would far exceed the nominal damages awarded: *Nurse v. Canada* (1997), 132 F.T.R. 131; *Blouin v. Canada* (1991), 51 F.T.R. 194.

de violence ou séquestration. Le coût inhérent à l'institution d'une telle action, le faible montant des dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus et le peu d'efficacité des actions civiles comme réparation lorsque des preuves matérielles sont saisies au moyen d'une fouille illégale expliquent vraisemblablement la rareté de la jurisprudence en cette matière. Les affaires récentes démontrent que les dommages-intérêts alloués en responsabilité délictuelle pour les fouilles à nu illégales demeurent peu élevés et que les coûts nécessaires pour engager une action civile excèdent de loin les dommages-intérêts minimes accordés : *Nurse c. Canada* (1997), 132 F.T.R. 131; *Blouin c. Canada* (1991), 51 F.T.R. 194.

68

One of the earliest Canadian cases referring to the power to search as an incident to arrest at common law is *Gottschalk v. Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298 (Alta. S.C.A.D.), which concerned an action for the return of property taken by the police. In that case, the court adopted the statement of the law concerning search incident to arrest set out in the *Corpus Juris*, quoted above in these reasons. The later case of *R. v. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56 (Alta. S.C.A.D.) was an appeal of an acquittal of two police officers on charges of assault, arising out of a search incident to arrest. Harvey C.J.A. reviewed the law on point, citing *Gottschalk* for the principle "that the right to detain property found on a prisoner upon a search has its limitation" (p. 61). In *Yakimishyn v. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179 (Man. K.B.), another action involving property seized by the police upon arrest, the court again adopted the statement of the law set out in *Gottschalk*.

L'une des plus anciennes décisions canadiennes à mentionner le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est l'arrêt *Gottschalk c. Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298 (C.S. Alb., Div. app.), rendu dans une action en restitution de biens saisis par la police. Dans cette affaire, la cour a adopté l'énoncé du droit relatif à la fouille accessoire à une arrestation qui figure dans le *Corpus Juris*, cité plus haut dans les présents motifs. L'affaire plus récente *R. c. McDonald* (1932), 59 C.C.C. 56 (C.S. Alb., Div. app.), portait sur l'appel de l'acquiescement de deux agents de police accusés de voies de fait à la suite d'une fouille accessoire à une arrestation. Le juge en chef Harvey a passé en revue le droit pertinent et cité l'arrêt *Gottschalk* à l'appui du principe selon lequel [TRADUCTION] « le droit de détenir les biens trouvés sur la personne d'un prisonnier lors d'une fouille a des limites » (p. 61). Dans l'affaire *Yakimishyn c. Bileski* (1946), 86 C.C.C. 179 (B.R. Man.), portant elle aussi sur une action à l'égard de biens saisis par la police lors d'une arrestation, la cour a adopté encore une fois l'énoncé du droit figurant dans l'arrêt *Gottschalk*.

69

In *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (Ont. C.A.), the accused appealed his conviction of having unlawfully assaulted a police officer engaged in the lawful execution of his duty for having bit and struck a police officer while the officer was attempting to search inside the accused's mouth for illegal drugs. Robertson C.J.O. concluded that the search

Dans l'arrêt *R. c. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97 (C.A. Ont.), l'accusé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour voies de fait commises contre un agent de police dans l'exercice légitime de ses fonctions; il avait mordu et frappé l'agent pendant que celui-ci tentait de lui fouiller la bouche à la recherche de drogues illégales. Le juge en chef

was lawful as an incident to the arrest, relying on the authority of *Bessell, supra*, and *Leigh, supra*, and dismissed the appeal from conviction.

The case of *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343 (Que. Q.B.) represents the high water mark in Canadian law as far as the degree of intrusiveness of searches of the person. In that case, the police sought a search warrant authorizing them to conduct a search of the body of Mr. Laporte for one or more bullets which were alleged to have been fired by police into Laporte's body during a hold-up that occurred a year and a half earlier. The warrant issued authorized surgery upon Laporte to have the bullets removed and seized. Upon an application by Laporte to quash the search warrant, Hugessen J. concluded that the warrant could not be justified under either the common law power of search incident to arrest or any of the statutory provisions of the *Criminal Code*. Accordingly, he set aside the warrant in order to prevent what he described as "a grotesque perversion of the machinery of justice and an unwarranted invasion upon the basic inviolability of the human person": *Laporte, supra*, at p. 354.

Another pre-*Charter* case dealing with a highly intrusive personal search is *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (Alta. S.C.T.D.). In that case, the plaintiff brought a civil action for assault and battery and exemplary damages arising out of a body cavity search carried out on the plaintiff to search for drugs secreted in his rectum. The search was carried out by a doctor at a hospital on the basis of the common law authority to search incident to arrest. MacDonald J. dismissed the plaintiff's action and concluded at p. 348 that

the police in this case had not only the right but also a duty to conduct a search of the plaintiff for drugs, and to seize any drugs found as evidence to be presented to the Court. In making this search and seizure the police

Robertson, s'appuyant sur l'arrêt *Bessell*, précité, et la décision *Leigh*, précitée, a conclu que la fouille était légale parce qu'accessoire à l'arrestation et il a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité.

L'affaire *Re Laporte and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 343 (B.R. Qué.), représente le point culminant en droit canadien en ce qui a trait au caractère envahissant des fouilles de personnes. Dans cette affaire, la police avait demandé un mandat de perquisition autorisant ses agents à procéder à une fouille corporelle de M. Laporte à la recherche d'une ou plusieurs balles que lui aurait tirées la police au cours d'un vol à main armée survenu un an et demi plus tôt. Le mandat délivré permettait qu'une chirurgie soit pratiquée sur M. Laporte afin de retirer et de saisir les balles en question. Saisi d'une requête en annulation du mandat présentée par M. Laporte, le juge Hugessen a conclu que le mandat ne pouvait être justifié ni en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ni en vertu d'une disposition quelconque du *Code criminel*. Il a donc annulé le mandat de perquisition afin d'empêcher que ne se produise ce qu'il a décrit comme [TRADUCTION] « un abus grotesque de l'appareil judiciaire et une atteinte injustifiée à l'inviolabilité de la personne humaine » : *Laporte*, précité, p. 354.

Une autre affaire engagée avant l'adoption de la *Charte* et portant sur une fouille personnelle très envahissante a donné lieu à la décision *Reynen c. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (C.S. Alb., 1^{re} inst.). Dans cette affaire, le demandeur a engagé une action civile pour voies de fait et actes de violence ainsi qu'en dommages-intérêts exemplaires à la suite d'un examen des cavités corporelles pratiqué sur lui par un médecin à la recherche de drogues cachées dans son rectum. L'examen avait été pratiqué dans un hôpital, en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Le juge MacDonald a rejeté l'action du demandeur et conclu, à la p. 348, que

[TRADUCTION] la police en l'espèce avait non seulement le droit, mais aussi l'obligation de soumettre le demandeur à une fouille à la recherche de drogues, et de saisir toute drogue découverte comme élément de

are clearly authorized to use such force as is reasonable, proper and necessary to carry out their duty, providing that no wanton or unnecessary violence is imposed.

72

In the post-*Charter* era, there are many examples of cases dealing with personal searches in general, and strip searches in particular, carried out as an incident to arrest. The greater number of strip search cases is at least in part due to the greater availability of remedies with the advent of the *Charter*, particularly the possibility of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter* as a remedy for unlawful searches. However, the cases also suggest a disturbing trend towards strip searching detained persons as a matter of routine police policy, regardless of the particular circumstances surrounding the arrest.

73

While the constitutionality of strip searches incident to arrest has not previously been addressed by this Court, this Court has addressed the constitutionality of a strip search and “bedpan vigil” of a person detained at airport customs carried out pursuant to s. 98 of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.). In *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, and *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, this Court concluded that strip searches of travellers carried out under the customs legislation did not violate s. 8 of the *Charter*. However, this Court also made it clear that its conclusion that s. 8 was not violated in the circumstances was based upon the “unique factual circumstance” that border crossings present. The unique nature of the border crossing context was described as follows in the following passage from Iacobucci J.’s reasons in *Monney*, at para. 42, quoting from the majority reasons of Gonthier J. in *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at para. 18:

preuve à présenter devant le tribunal. En procédant à cette fouille et à cette saisie, la police est clairement autorisée à employer toute la force qui est raisonnable, juste et nécessaire pour s’acquitter de ses fonctions, pourvu qu’elle n’impose pas de violence gratuite ou inutile.

La période postérieure à l’entrée en vigueur de la *Charte* regorge d’exemples de décisions portant sur les fouilles personnelles en général, et sur les fouilles à nu en particulier, effectuées accessoirement à l’arrestation. Le nombre accru d’affaires portant sur des fouilles à nu s’explique en partie par une plus grande ouverture des recours en réparation depuis l’avènement de la *Charte*, et tout particulièrement par la possibilité de faire exclure, en invoquant le par. 24(2) de la *Charte*, des éléments de preuve obtenus lors de fouilles effectuées illégalement. Ces affaires semblent toutefois dénoter aussi une tendance troublante de la police à avoir pour politique de fouiller à nu systématiquement les personnes détenues, sans égard aux circonstances particulières de l’arrestation.

Bien que la question de la constitutionnalité des fouilles à nu effectuées accessoirement à l’arrestation n’ait encore jamais été soumise à notre examen, notre Cour s’est déjà penchée sur la constitutionnalité d’une fouille à nu et d’une « veille au haricot » (« *bedpan vigil* ») auxquelles des agents des douanes ont soumis une personne détenue à l’aéroport conformément à l’art. 98 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.). Dans les arrêts *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, et *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, notre Cour a conclu que la fouille à nu de voyageurs effectuée conformément aux dispositions législatives douanières ne contrevient pas à l’art. 8 de la *Charte*. Notre Cour a toutefois précisé qu’une telle conclusion dans les circonstances était fondée sur la « situation factuelle unique » que constituent les passages frontaliers. La nature exceptionnelle du contexte des passages frontaliers a été décrite de la façon suivante par le juge Iacobucci, dans l’arrêt *Monney*, par. 42, lequel reprenait les motifs prononcés par le juge Gonthier au nom de la majorité dans l’arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 18 :

The unique context that border crossings present was recognized by this Court in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Dickson C.J., writing for the majority, said (at p. 528):

National self-protection becomes a compelling component in the calculus.

I accept the proposition advanced by the Crown that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries.

Given the unique context of border crossing searches, the reasoning in the customs cases is not directly applicable in the present case. While this Court has never pronounced on the lawfulness of strip searches conducted as an incident to arrest prior to the present appeal, it has made comments in *obiter* concerning such searches in the cases of *Beare*, *supra*, and *Cloutier*, *supra*. The *Beare* case was concerned with the constitutionality of legislation that provided for the fingerprinting of individuals charged but not convicted of an indictable offence. In the course of concluding that the legislation was not in violation of the *Charter*, La Forest J. made the following comments, at pp. 403-4:

As an incident to a lawful arrest, a peace officer has a right to search the person arrested and to take any property the officer reasonably believes is connected with the offence charged, or any weapon found upon such person; see *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. This authority is based on the need to disarm an accused and to discover evidence. In the course of custodial arrest an accused may be stripped. Of particular relevance, height, weight and natural or artificial marks on the body, such as birth marks or tattoo marks, may be used for purposes of identification; see *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (J.).

In *Cloutier*, *supra*, this Court considered the common law power of search incident to arrest for the first time. The case involved a “frisk” or “pat”

Dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, notre Cour a reconnu le contexte particulier des passages frontaliers. Le juge en chef Dickson y affirme, au nom de la majorité, à la p. 528 :

La nécessité d'assurer sa propre protection devient un élément déterminant du calcul effectué.

J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire.

Compte tenu du contexte particulier des passages frontaliers, le raisonnement qui sous-tend les décisions rendues dans les affaires douanières n'est pas directement applicable à la présente espèce. Même si notre Cour ne s'est jamais prononcée, avant le présent pourvoi, sur la légalité des fouilles à nu effectuées accessoirement à une arrestation, elle a déjà fait des remarques incidentes à l'égard de fouilles de cette nature dans les arrêts *Beare*, précité, et *Cloutier*, précité. L'arrêt *Beare* portait sur la constitutionnalité de dispositions législatives prévoyant la prise d'empreintes digitales de personnes qui ont été accusées d'un acte criminel, sans en être reconnues coupables. Dans ses motifs l'amenant à conclure que les dispositions législatives ne contrevenaient pas à la *Charte*, le juge La Forest a fait les commentaires suivants, aux p. 403-404 :

Au cours d'une arrestation licite, un agent de la paix a le droit de procéder à la fouille de la personne arrêtée et de confisquer tout bien qu'il a des raisons de croire lié à l'infraction reprochée, ou toute arme trouvée sur elle; voir *R. v. Morrison* (1987), 20 O.A.C. 230. Ce pouvoir est fondé sur la nécessité de désarmer le prévenu et de réunir des preuves. En détention, après l'arrestation, le prévenu peut être déshabillé. Plus pertinent encore, la taille, le poids et les marques corporelles, naturelles ou artificielles, comme les taches de naissance ou les tatouages, peuvent servir à des fins d'identification; voir *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482 (J.).

Dans l'arrêt *Cloutier*, précité, notre Cour s'est penchée pour la première fois sur le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire

search of a motorist stopped for a traffic violation. L'Heureux-Dubé J., writing for the Court, surveyed the British, American and Canadian case authorities and concluded at pp. 180-81 that:

[I]t seems beyond question that the common law as recognized and developed in Canada holds that the police have a power to search a lawfully arrested person and to seize anything in his or her possession or immediate surroundings to guarantee the safety of the police and the accused, prevent the prisoner's escape or provide evidence against him.

She noted, however, that while the existence of such a common law power is accepted, there is uncertainty as to the scope of the power. In *Cloutier*, *supra*, at p. 186, L'Heureux-Dubé J. stated the following three propositions in relation to the common law of search incident to arrest:

- (1) The police have the power to conduct a search at common law but are not under a duty to exercise the power;
- (2) The search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice, such as the discovery of a weapon or evidence; and
- (3) The search must not be conducted in an abusive fashion.

A search that did not meet these three criteria would be unreasonable under s. 8 of the *Charter*.

76

Since *Cloutier*, this Court has addressed the constitutionality of the seizure of bodily samples at common law in *Stillman*, *supra*. Cory J., speaking for the majority, held that the seizure of bodily samples, namely hair samples, buccal swabs and dental impressions, was not authorized by the common law power to search incident to arrest. Such a serious interference with a person's bodily integrity required statutory authorization and could

à une arrestation. Il s'agissait d'une fouille sommaire ou par palpation à laquelle avait été soumis un automobiliste arrêté pour une infraction aux règlements de la circulation. Après avoir passé en revue les décisions des tribunaux britanniques, américains et canadiens, le juge L'Heureux-Dubé a tiré la conclusion suivante, au nom de notre Cour, aux p. 180-181 :

[I]l me semble indubitable que la common law telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d'assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d'empêcher l'évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier.

Elle a toutefois noté que même si l'existence d'un tel pouvoir en common law est acquise, il semble y avoir un certain flottement en ce qui concerne l'étendue de ce pouvoir. Dans l'arrêt *Cloutier*, précité, p. 186, le juge L'Heureux-Dubé a formulé les trois propositions suivantes à l'égard de la fouille accessoire à une arrestation permise en common law :

- (1) les policiers ont le pouvoir d'effectuer une fouille en vertu de la common law, mais ils ne sont pas tenus de l'exercer;
- (2) la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, telle la découverte d'une arme ou d'éléments de preuve;
- (3) la fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive.

Une fouille qui ne répondrait pas à ces trois critères serait abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*.

Depuis l'arrêt *Cloutier*, notre Cour s'est penchée sur la constitutionnalité de la saisie d'échantillons de substances corporelles en common law dans l'arrêt *Stillman*, précité. Le juge Cory a conclu, au nom de la majorité de notre Cour, que la saisie d'échantillons de substances corporelles, à savoir le prélèvement de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche et la prise d'empreintes dentaires, n'était pas autorisée par le pouvoir de

not be justified under the common law power to search incident to arrest. Cory J. distinguished the situation in *Stillman* from other cases, such as *Cloutier, supra*, where searches incident to arrest had been found not to infringe the *Charter* on the basis that “completely different concerns arise where the search and seizure infringes upon a person’s bodily integrity, which may constitute the ultimate affront to human dignity” (*Stillman, supra*, at para. 39).

At the appellate and trial court levels in Canada, strip searches and even body cavity searches have been held to be lawful at common law as an incident to arrest. At the appellate level, the only court in Canada that has addressed whether strip searches incident to arrest are constitutional is the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Morrison* (1987), 35 C.C.C. (3d) 437, the Court of Appeal concluded that a strip search of a female detainee arrested for theft and possession of stolen goods and cash did not violate s. 8 of the *Charter* and that the evidence discovered in the search, namely marijuana, was therefore admissible. At p. 442 of *Morrison*, Dubin J.A. expressed the principles applicable to such searches as follows:

As incident to a lawful arrest, a peace officer has the right to search the person arrested and take from his person any property which he reasonably believes is connected with the offence charged, or may be used as evidence against the person arrested, or any weapon or instrument found upon the person arrested, but he need not have reasonable grounds to believe that either such weapons or evidence will be found. It is the fact that the search of the person is made as incident to a lawful arrest which gives the peace officer the authority to search the person arrested.

In two subsequent cases, the Ontario Court of Appeal held that strip searches did violate s. 8. In *R. v. Ferguson* (1990), 1 C.R. (4th) 53, the accused

common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Une atteinte aussi grave à l’intégrité physique d’une personne doit être autorisée par la loi et ne saurait être justifiée en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Le juge Cory a distingué les faits de *Stillman* des autres affaires, comme *Cloutier, précitée*, où des fouilles effectuées accessoirement à une arrestation avaient été jugées conformes à la *Charte*, par le fait que « des préoccupations tout à fait différentes surgissent lorsque la fouille et la saisie effectuées violent l’intégrité physique d’une personne, et peuvent constituer l’atteinte la plus grave à la dignité humaine » (*Stillman, précité*, par. 39).

Des tribunaux d’appel et de première instance au Canada ont jugé légales en vertu de la common law des fouilles à nu, voire des examens des cavités corporelles, accessoires à une arrestation. Au niveau des tribunaux d’appel, la seule cour canadienne à s’être penchée sur la question de savoir si les fouilles à nu accessoires à une arrestation sont constitutionnelles est la Cour d’appel de l’Ontario. Dans l’arrêt *R. c. Morrison* (1987), 35 C.C.C. (3d) 437, la Cour d’appel a conclu que la fouille à nu d’une femme qui avait été arrêtée pour vol et possession de biens et d’argent volés ne portait pas atteinte à l’art. 8 de la *Charte*, et que la preuve découverte au cours de la fouille, à savoir de la marijuana, était par conséquent admissible. À la p. 442 de l’arrêt *Morrison*, le juge Dubin a formulé de la façon suivante les principes applicables aux fouilles de cette nature :

[TRADUCTION] Accessoirement à une arrestation légitime, un agent de la paix a le droit de fouiller la personne en état d’arrestation et de lui enlever tout bien qu’il croit raisonnablement relié à l’infraction reprochée ou qui peut être utilisé à titre d’élément de preuve contre le détenu, ou tout instrument ou arme trouvé sur lui, mais il n’est pas nécessaire qu’il ait des motifs raisonnables de croire qu’il trouvera ces armes ou ces éléments de preuve. C’est le fait que la fouille de la personne est accessoire à l’arrestation légitime qui donne à l’agent de la paix le pouvoir de fouiller le détenu.

Dans deux affaires subséquentes, la Cour d’appel de l’Ontario a statué que des fouilles à nu contrevenaient à l’art. 8. Dans l’affaire *R. c. Ferguson*

77

78

was observed for several hours at a house where police suspected drug trafficking took place. The police later stopped the accused's vehicle, searched his vehicle and checked his name on CPIC. They then noticed a bulge in the accused's pants, and discovered, after undoing his pants, that he was concealing a bag containing cocaine. The Court of Appeal ruled that the search violated s. 8 because it was conducted on the basis of mere suspicion, rather than reasonable and probable grounds. Although the violation of s. 8 was found primarily on the basis that there was a lack of reasonable and probable grounds, the court also noted the intrusive method of the search. The court held that the s. 8 violation was serious and that the evidence should therefore be excluded under s. 24(2) and an acquittal entered.

79

In *R. v. Flintoff* (1998), 16 C.R. (5th) 248 (Ont. C.A.), the accused was arrested for impaired driving and taken to the police station for a breathalyzer test. Prior to the breathalyzer test, the accused was strip searched as part of the routine policy of the police department and not on the basis of any circumstances related to the particular case. After the strip search, the appellant was taken to the breathalyzer room and failed the test. The Ontario Court of Appeal concluded that it was unreasonable to strip search the appellant and that the breach of s. 8 was serious. Accordingly, the court held that the breathalyzer evidence should be excluded and the decision of the trial judge dismissing the charge restored.

80

At the trial level, there are numerous examples of cases involving strip searches performed as an incident to arrest. In some cases, the courts have concluded that the strip searches did not constitute a s. 8 violation, while in other cases similar searches have been held to violate s. 8. In *R. v. Stott*, [1997] O.J. No. 5449 (QL) (Prov. Div.), a strip search of an individual arrested for impaired driving carried out as a matter of routine police policy was held not to violate s. 8. Similarly, in *R. v. K.D.S.* (1990), 65

(1990), 1 C.R. (4th) 53, l'accusé a été surveillé pendant plusieurs heures dans une maison où la police soupçonnait la tenue d'activités de trafic de stupéfiants. La police a par la suite immobilisé et fouillé le véhicule de l'accusé et vérifié son nom dans le CIPC. Les agents ont alors remarqué un renflement dans le pantalon de l'accusé et découvert, après lui avoir dégrafé le pantalon, qu'il cachait un sac contenant de la cocaïne. La Cour d'appel a statué que la fouille contrevenait à l'art. 8 parce qu'elle avait été effectuée sur la base de simples soupçons, plutôt que de motifs raisonnables. Même si la cour a invoqué l'absence de motifs raisonnables comme fondement principal de sa conclusion que la fouille contrevenait à l'art. 8, elle a en outre relevé le caractère envahissant de la méthode adoptée pour effectuer la fouille. La cour a conclu qu'il s'agissait d'un manquement grave à l'art. 8 et qu'il y avait par conséquent lieu d'exclure la preuve en vertu du par. 24(2) et de prononcer l'acquittement.

Dans l'affaire *R. c. Flintoff* (1998), 16 C.R. (5th) 248 (C.A. Ont.), l'accusé a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies et emmené au poste de police pour y subir un alcootest. Avant l'alcootest, il a fait l'objet d'une fouille à nu effectuée systématiquement dans le cadre de la politique du service de police, et non en raison de circonstances propres à l'espèce. Après la fouille à nu, l'appelant a été conduit vers la pièce où il a dû subir l'alcootest, qui a donné des résultats incriminants. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il était abusif de faire subir une fouille à nu à l'appelant et qu'il s'agissait d'un manquement grave à l'art. 8. Elle a donc statué que la preuve découlant de l'alcootest devait être exclue et ordonné le rétablissement de la décision du juge du procès portant rejet de l'accusation

Au niveau des tribunaux de première instance, il existe nombre d'exemples d'affaires impliquant des fouilles à nu effectuées accessoirement à une arrestation. Dans certains cas, les tribunaux ont conclu que les fouilles à nu ne contrevenaient pas à l'art. 8; dans d'autres, des fouilles similaires ont été jugées contraires à l'art. 8. Dans l'affaire *R. c. Stott*, [1997] O.J. No. 5449 (QL) (Div. prov.), le tribunal a conclu qu'une fouille à nu pratiquée sur une personne arrêtée pour conduite avec facultés affaiblies,

Man. R. (2d) 301 (Q.B.), the strip search of a young offender at the police station as part of normal police procedure following his arrest for possession of a stolen licence plate was held not to be a violation of s. 8. Strip searches accompanied by the threat of a subsequent body cavity search as an incident to arrest have also been found not to infringe s. 8: *R. v. Miller*, [1993] B.C.J. No. 1613 (QL) (S.C.). On the other hand, a routine strip search of a female accused arrested for theft and possession of stolen property was held not to be authorized by the common law of search incident to arrest in *R. v. King*, [1999] O.J. No. 565 (QL) (Gen. Div.). Also, in *R. v. Kalin*, [1987] B.C.J. No. 2580 (QL) (Co. Ct.), a routine strip search conducted at the police station following an arrest for impaired driving was held to be unreasonable under s. 8 of the *Charter*. As these cases illustrate, there is inconsistency in the lower court decisions as to when strip searches are reasonable and when they are unreasonable under s. 8.

(d) *The Preconditions of a Lawful Strip Search Incident to Arrest at Common Law*

The appellant's position is that, given the negative impact of a strip search on an individual's privacy interests and psychological well-being, s. 8 should demand that at least probable cause be required to authorize strip searches and, absent exigent circumstances, a warrant. The intervener African Canadian Legal Clinic (ACLC) agrees with the appellant that probable cause and a warrant requirement should be required for strip searches to be constitutional under s. 8 of the *Charter*. The ACLC says that given the negative stereotyping of African Canadians by police and the large number of African Canadians who are stopped and searched by police, a public process of obtaining a warrant is required to reduce the danger of racist stereotyping

conformément à une politique systématique de la police, ne contrevenait pas à l'art. 8. De même, dans l'affaire *R. c. K.D.S.* (1990), 65 Man. R. (2d) 301 (B.R.), le tribunal a statué que la fouille à nu d'un jeune contrevenant effectuée au poste de police dans le cadre d'une procédure policière normale à la suite de son arrestation pour possession d'une plaque d'immatriculation volée n'était pas contraire à l'art. 8. Des fouilles à nu accessoires à une arrestation, accompagnées d'une menace d'examen subséquent des cavités corporelles, ont aussi été jugées conformes à l'art. 8 : *R. c. Miller*, [1993] B.C.J. No. 1613 (QL) (C.S.). Par contre, dans l'affaire *R. c. King*, [1999] O.J. No. 565 (QL) (Div. gén.), la cour a statué que la fouille à nu systématique d'une détenue accusée de vol et de possession de biens volés n'était pas autorisée par le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. En outre, dans l'affaire *R. c. Kalin*, [1987] B.C.J. No. 2580 (QL) (C. cté), la cour a conclu que la fouille à nu effectuée systématiquement au poste de police à la suite d'une arrestation pour conduite avec facultés affaiblies était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Comme le montrent ces décisions, il existe un manque de cohérence au sein des juridictions inférieures quant aux circonstances où les fouilles à nu sont raisonnables et celles où elles sont abusives au sens de l'art. 8.

d) *Les conditions préalables à une fouille à nu légale effectuée accessoirement à une arrestation en common law*

Selon l'appelant, étant donné l'effet négatif de la fouille à nu sur le droit à la vie privée et le bien-être psychologique de la personne qui la subit, l'art. 8 devrait exiger à tout le moins que les fouilles à nu soient autorisées seulement lorsqu'il existe des motifs raisonnables et, sauf dans des situations d'urgence, lorsqu'un mandat a été délivré. L'intervenante, African Canadian Legal Clinic (ACLC), est d'accord avec l'appelant pour dire que l'existence de motifs raisonnables et la délivrance d'un mandat devraient être exigées pour que les fouilles à nu soient constitutionnelles en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. L'ACLC affirme qu'un processus public d'obtention de mandats est nécessaire, en raison des préjugés qu'ont les agents de police au sujet

by individual police officers, who are more likely than a neutral arbiter to conclude that a strip search of a black person is appropriate. The intervener Aboriginal Legal Services of Toronto (ALST) also advocates a regime of prior authorization for strip searches and submits that the common law does not authorize warrantless strip searches except in the most exceptional circumstances, such as where there is an immediate threat to the safety of police and the public or a threat of immediate destruction of evidence. For its part, the intervener Canadian Civil Liberties Association proposes three limits on strip searches incident to arrest: (1) strip searches should be prohibited when less intrusive investigative steps are available; (2) police must have reasonable grounds to conduct strip searches, and (3) prior authorization in the form of a warrant should be required except in rare exigent circumstances.

82 The respondent's position is that the common law authorizes strip searches and is reasonable within the meaning of s. 8. The respondent says that the restrictions on searches outlined by this Court in *Cloutier, supra*, and *Stillman, supra*, are adequate to ensure that strip searches incident to arrest meet the requirements of s. 8. The interveners Attorney General for Ontario and the Canadian Association of Chiefs of Police both agree with the respondent that the common law authorizes strip searches and is reasonable.

83 While the respondent and the interveners for the Crown sought to downplay the intrusiveness of strip searches, in our view it is unquestionable that they represent a significant invasion of privacy and are often a humiliating, degrading and traumatic experience for individuals subject to them. Clearly, the negative effects of a strip search can be minimized by the way in which they are carried out, but even the most sensitively conducted strip search is highly intrusive. Furthermore, we believe it is important

des Afro-canadiens et du grand nombre d'Afro-canadiens ainsi soumis à des arrestations et à des fouilles, pour réduire le danger de décisions fondées sur des stéréotypes racistes de la part des agents de police, qui sont plus susceptibles qu'un arbitre neutre de conclure à la nécessité de soumettre un Noir à une fouille à nu. L'intervenante, Aboriginal Legal Services of Toronto (ALST), prône elle aussi un régime d'autorisation préalable des fouilles à nu et fait valoir que la common law n'autorise pas les fouilles à nu sans mandat, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, comme lorsqu'il y a une menace immédiate pour la sécurité de la police et du public ou risque de destruction immédiate de la preuve. Pour sa part, l'Association canadienne des libertés civiles, intervenante, propose trois limites aux fouilles à nu accessoires à une arrestation : (1) les fouilles à nu devraient être interdites lorsqu'il est possible de recourir à des méthodes d'enquête moins envahissantes; (2) les agents de police doivent avoir des motifs raisonnables de procéder à des fouilles à nu; (3) une autorisation préalable sous forme de mandat devrait être exigée, sauf dans de rares situations d'urgence.

La position de l'intimée est que la common law autorise les fouilles à nu et qu'elle n'est pas abusive au sens de l'art. 8. L'intimée dit que les restrictions applicables aux fouilles à nu qui ont été formulées par notre Cour dans les arrêts *Cloutier* et *Stillman*, précités, sont suffisantes pour faire en sorte que les fouilles à nu accessoires à une arrestation répondent aux exigences de l'art. 8. Le procureur général de l'Ontario et l'Association canadienne des chefs de police, intervenants, partagent tous deux la prétention de l'intimée que la common law autorise les fouilles à nu et qu'elle est raisonnable.

En dépit des efforts déployés par l'intimée et les intervenants en faveur du ministère public pour minimiser le caractère envahissant des fouilles à nu, il est à notre avis incontestable que ces fouilles constituent une atteinte importante à la vie privée et, souvent, une expérience humiliante, avilissante et traumatisante pour les personnes qui les subissent. Les effets négatifs d'une fouille à nu peuvent évidemment être réduits par la façon de procéder, mais même une fouille à nu effectuée de la façon la

to note the submissions of the ACLC and the ALST that African Canadians and Aboriginal people are overrepresented in the criminal justice system and are therefore likely to represent a disproportionate number of those who are arrested by police and subjected to personal searches, including strip searches (*Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991), vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, at p. 107; Cawsey Report, *Justice on Trial: Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta* (1991), vol. II, p. 7, recommendations 2.48 to 2.50; Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide* (1996), at pp. 33-39; Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System, *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (1995)). As a result, it is necessary to develop an appropriate framework governing strip searches in order to prevent unnecessary and unjustified strip searches before they occur.

The law is clear in Canada that warrantless searches are *prima facie* unreasonable under s. 8 of the *Charter* (*Hunter, supra*). Where a search is carried out without prior authorization in the form of a warrant, the burden is on the party seeking to justify the warrantless search to prove that it was not unreasonable (*Hunter*, at pp. 160-61). Searches of the person incident to arrest are an established exception to the general rule that warrantless searches are *prima facie* unreasonable. In considering the constitutionality of strip searches carried out as an incident to arrest, it is still important to bear in mind that warrantless searches are the exception and not the norm in Canadian law. While characterized as an exception to the normal rule that a search warrant is required for a lawful search, however, warrantless personal searches incident to arrest are an exception whose importance should not be underestimated. The practical reality is that warrantless searches of persons incident to arrest constitute the majority of searches conducted by police (see S. A. Cohen, "Search Incident to Arrest: How Broad an

plus délicate demeure très envahissante. De plus, nous croyons qu'il importe de tenir compte des observations soumises par l'ACLC et par l'ALST selon lesquelles les Afro-canadiens et les Autochtones sont surreprésentés dans le système de justice pénale et qu'ils sont par conséquent susceptibles de représenter un nombre disproportionné des personnes qui sont arrêtées par la police et soumises à des fouilles personnelles, y compris à des fouilles à nu (*Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991), vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, p. 107; Cawsey Report, *Justice on Trial : Report of the Task Force on the Criminal Justice System and its Impact on the Indian and Metis People of Alberta* (1991), vol. II, p. 7, recommandations 2.48 à 2.50; Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles* (1996), p. 37-44; Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario, *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario* (1995)). Par conséquent, il est nécessaire d'élaborer un cadre approprié afin de prévenir les fouilles à nu inutiles et injustifiées avant même qu'elles ne se produisent.

Il est clair en droit canadien que les fouilles sans mandat sont à première vue abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*Hunter*, précité). Lorsqu'une fouille est effectuée sans autorisation préalable, qui prendrait la forme d'un mandat, il incombe à la partie qui cherche à justifier la fouille sans mandat d'établir qu'elle n'est pas abusive (*Hunter*, p. 160-161). Les fouilles personnelles accessoires à une arrestation constituent une exception établie à la règle générale selon laquelle les fouilles sans mandat sont à première vue abusives. Pour apprécier la constitutionnalité des fouilles à nu effectuées accessoirement à l'arrestation, il importe toujours de se rappeler que les fouilles sans mandat sont l'exception et non la norme en droit canadien. Bien que qualifiées d'exceptions à la règle générale selon laquelle une fouille légale nécessite l'obtention d'un mandat, les fouilles personnelles effectuées sans mandat accessoirement à une arrestation constituent une exception dont l'importance ne doit pas être sous-estimée. En fait, ce type de fouilles représentent la majorité

Exception to the Warrant Requirement?” (1988), 63 C.R. (3d) 182, at p. 184; LaFave, *supra*, at pp. 68-69; D. Newman, “Stripping Matters to Their Core: Intrusive Searches of the Person in Canadian Law” (1999), 4 *Can. Crim. L.R.* 85, at p. 94; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (3rd ed. 2001), at pp. 206-7; and Law Reform Commission of Canada, *Report on Recodifying Criminal Procedure* (1991), vol. 1, at p. 46).

des fouilles effectuées par la police (voir S. A. Cohen, « Search Incident to Arrest : How Broad an Exception to the Warrant Requirement? » (1988), 63 C.R. (3d) 182, p. 184; LaFave, *op. cit.*, p. 68-69; D. Newman, « Stripping Matters to Their Core : Intrusive Searches of the Person in Canadian Law » (1999), 4 *Rev. can. D.P.* 85, p. 94; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (3^e éd. 2001), p. 206-207; et la Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport : Pour une nouvelle codification de la procédure pénale* (1991), vol. 1, p. 48-49).

85

There have been some legislative developments in Canada concerning specific types of personal searches, such as breathalyzer and blood sample demands in the impaired driving context (s. 254(3)(a) and (b) of the *Criminal Code*) and the taking of DNA evidence (ss. 487.04 to 487.09 of the *Criminal Code*). However, these specific areas of legislation governing searches of the person are directed at the circumstances under which particular types of evidence may be obtained from a person. In this sense, they are more concerned with how and when particular evidence may be seized from a person rather than with the scope of police powers to conduct personal searches for evidence or weapons incident to arrest. In the absence of legislative guidance, it falls to this Court to determine the scope of the common law power to search as an incident to arrest, and what the limits are to this power in the context of strip searches.

Le droit législatif canadien a connu certains développements en ce qui concerne certains types particuliers de fouilles personnelles, notamment le prélèvement d'échantillons d'haleine ou de sang dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies (al. 254(3)a) et b) du *Code criminel*) et le prélèvement de substances corporelles à des fins d'analyse de l'ADN (art. 487.04 à 487.09 du *Code criminel*). Toutefois, ces domaines particuliers d'exercice du pouvoir législatif en matière de fouilles personnelles visent les circonstances dans lesquelles il est possible d'obtenir d'une personne des types précis d'éléments de preuve. En ce sens, ils portent davantage sur la question de savoir quand et comment il est possible de saisir des éléments de preuve auprès d'une personne que sur la portée des pouvoirs de la police d'effectuer des fouilles personnelles accessoires à une arrestation à la recherche d'éléments de preuve ou d'armes. En l'absence de directives législatives, il incombe à notre Cour de déterminer la portée du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, ainsi que les limites applicables à ce pouvoir dans le contexte des fouilles à nu.

86

This Court has stated in many previous decisions that the common law must be interpreted in a manner that is consistent with *Charter* principles (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Cloutier, supra*). Where the common law is out of step with the *Charter* and it is possible to change the common law rule without upsetting the proper balance between judicial and legislative action, then the common law rule should be changed (*Salituro*,

Notre Cour a déjà statué à maintes occasions que la common law doit être interprétée d'une façon compatible avec les principes de la *Charte* (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Cloutier*, précité). Lorsque la common law n'est pas conforme à la *Charte* et qu'il est possible de modifier la règle de common law sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative, il faut modifier la règle de common law

supra, at pp. 675-76; *R. v. Pan*, [2001] 2 S.C.R. 344, 2001 SCC 42).

While the common law authorities discussed above support the general proposition that a warrantless search conducted incident to arrest is permitted under the common law, the scope of this common law search power is less clear: *Caslake*, *supra*, at paras. 14-15. Thus, the task in the present case is to delineate the scope of the common law power as it pertains to warrantless strip searches carried out as an incident to lawful arrest in a way that is consistent with the *Charter* right to be protected against unreasonable search and seizure. As Lamer C.J. stated in *Caslake*, because there are no clear limits on the power to search incident to arrest it is “the courts’ responsibility to set boundaries which allow the state to pursue its legitimate interests, while vigorously protecting individuals’ right to privacy” (*Caslake*, *supra*, at para. 15). It is important to note that the discussion below relates only to the permissible scope of strip searches incident to arrest, as defined in these reasons. For greater clarity, if it appears during the course of a strip search that the detainee is concealing a weapon or evidence inside a body cavity, and the detainee refuses to co-operate, then in order to obtain the object in question the police officer must likely exceed the realm of the strip search and enter the realm of the body cavity search. More intrusive searches of the person such as this involve a higher degree of infringement of personal dignity and privacy as well as additional medical concerns and, accordingly, a higher degree of justification will be required before such a search can be carried out. In addition, more intrusive searches will be subject to greater constraints as to the manner in which they may be reasonably performed.

As noted by Dickson C.J. in *Simmons*, *supra*, the different types of searches raise different constitutional considerations: the more intrusive the search,

(*Salituro*, précité, p. 675-676; *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344, 2001 CSC 42).

Bien que la jurisprudence de common law susmentionnée appuie la proposition générale selon laquelle la common law permet de procéder sans mandat à des fouilles accessoires à une arrestation, l’étendue de ce pouvoir de common law est moins clairement définie : *Caslake*, précité, par. 14-15. Par conséquent, il s’agit en l’espèce de délimiter l’étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille à nu sans mandat accessoirement à une arrestation légale sans porter atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par la *Charte*. Comme l’a dit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Caslake*, puisqu’il n’y a pas de limites facilement constatables au pouvoir d’effectuer la fouille accessoire à une arrestation, il appartient « aux tribunaux de fixer les bornes à l’intérieur desquelles l’État peut poursuivre la réalisation de ses intérêts légitimes, tout en protégeant vigoureusement le droit à la vie privée des particuliers » (*Caslake*, précité, par. 15). Il faut noter que l’examen qui suit ne porte que sur l’étendue acceptable des fouilles à nu accessoires à une arrestation, telles qu’elles sont définies dans les présents motifs. Par souci de clarté, précisons que si, au cours d’une fouille à nu, il s’avère que la personne détenue cache une arme ou un élément de preuve à l’intérieur de l’une de ses cavités corporelles et refuse de collaborer, l’agent de police devra vraisemblablement, pour récupérer l’objet en cause, dépasser les limites de la fouille à nu et passer à l’examen de la cavité corporelle en cause. Les fouilles personnelles plus envahissantes, comme cette dernière, impliquent une atteinte plus grave à la dignité et à la vie privée de la personne ainsi que des considérations médicales supplémentaires, de sorte qu’un degré de justification plus élevé doit être établi pour pouvoir y procéder. En outre, les fouilles plus envahissantes sont assujetties à des contraintes plus serrées quant à la manière dont elles peuvent être effectuées pour ne pas être abusives.

Ainsi que l’a noté le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Simmons*, précité, les différents types de fouilles soulèvent des considérations constitutionnelles

the greater the degree of justification and constitutional protection that is appropriate: *Simmons*, at p. 517. The party seeking to uphold the validity of a warrantless personal search will face a lower burden in the case of a quick pat or frisk search than in the case of a highly invasive body cavity search.

89

Given that the purpose of s. 8 of the *Charter* is to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy, it is necessary to have a means of preventing unjustified searches before they occur, rather than simply determining after the fact whether the search should have occurred (*Hunter, supra*, at p. 160). The importance of preventing unjustified searches before they occur is particularly acute in the context of strip searches, which involve a significant and very direct interference with personal privacy. Furthermore, strip searches can be humiliating, embarrassing and degrading for those who are subject to them, and any *post facto* remedies for unjustified strip searches cannot erase the arrestee's experience of being strip searched. Thus, the need to prevent unjustified searches before they occur is more acute in the case of strip searches than it is in the context of less intrusive personal searches, such as pat or frisk searches. As was pointed out in *Flintoff, supra*, at p. 257, “[s]trip-searching is one of the most intrusive manners of searching and also one of the most extreme exercises of police power”.

90

Strip searches are thus inherently humiliating and degrading for detainees regardless of the manner in which they are carried out and for this reason they cannot be carried out simply as a matter of routine policy. The adjectives used by individuals to describe their experience of being strip searched give some sense of how a strip search, even one that is carried out in a reasonable manner, can affect detainees: “humiliating”, “degrading”,

différentes : plus la fouille est envahissante, plus le degré de justification et de protection constitutionnelle est élevé : *Simmons*, précité, p. 517. La partie qui cherche à faire reconnaître la validité d'une fouille effectuée sans mandat doit, lorsqu'il s'agit d'une fouille sommaire ou par palpation, s'acquitter d'un fardeau moins élevé que s'il s'agissait d'un examen des cavités corporelles hautement envahissant.

Comme l'art. 8 de la *Charte* a pour objet de protéger les personnes contre les atteintes injustifiées que l'État pourrait porter à leur vie privée, il faut disposer d'un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant même qu'elles ne se produisent, plutôt que simplement d'un moyen de déterminer après le fait si elles auraient dû être effectuées (*Hunter*, précité, p. 160). La nécessité de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent est d'une importance particulièrement critique dans le contexte des fouilles à nu, puisque celles-ci portent une atteinte importante et très directe au droit à la vie privée. De plus, les fouilles à nu peuvent être humiliantes, gênantes et avilissantes pour les personnes qui les subissent, et aucune réparation subséquente à une fouille à nu injustifiée ne saurait faire oublier l'expérience vécue par la personne arrêtée qui l'a subie. La nécessité de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent est donc plus impérieuse dans le cas des fouilles à nu qu'elle ne l'est dans le contexte de fouilles personnelles moins envahissantes, comme les fouilles sommaires ou par palpation. Ainsi qu'il a été mentionné dans l'arrêt *Flintoff*, précité, p. 257, [TRADUCTION] « [I]a fouille à nu est l'une des manières les plus envahissantes de fouiller ou de perquisitionner, et aussi l'un des exercices les plus extrêmes du pouvoir de la police ».

Les fouilles à nu sont donc fondamentalement humiliantes et avilissantes pour les personnes détenues, peu importe la manière dont elles sont effectuées; voilà pourquoi l'on ne peut tout simplement y recourir systématiquement dans le cadre d'une politique. Les qualificatifs employés par les personnes pour décrire l'expérience qu'elles ont vécue lorsqu'elles ont été ainsi fouillées donnent une idée de la façon dont une fouille à nu, même

“demeaning”, “upsetting”, and “devastating” (see *King, supra*; *R. v. Christopher*, [1994] O.J. No. 3120 (QL) (Gen. Div.); J. S. Lyons, Toronto Police Services Board Review, *Search of Persons Policy — The Search of Persons — A Position Paper* (April 12, 1999)). Some commentators have gone as far as to describe strip searches as “visual rape” (P. R. Shuldiner, “Visual Rape: A Look at the Dubious Legality of Strip Searches” (1979), 13 *J. Marshall L. Rev.* 273). Women and minorities in particular may have a real fear of strip searches and may experience such a search as equivalent to a sexual assault (Lyons, *supra*, at p. 4). The psychological effects of strip searches may also be particularly traumatic for individuals who have previously been subject to abuse (Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston, *The Prison for Women in Kingston* (1996), at pp. 86-89). Routine strip searches may also be distasteful and difficult for the police officers conducting them (Lyons, *supra*, at pp. 5-6).

In order for a strip search to be justified as an incident to arrest, it is of course necessary that the arrest itself be lawful. In the present case, there is no question that the arrest was lawful. While the appellant disputes the lawfulness of arrest, the trial judge and the Court of Appeal concluded that there were reasonable and probable grounds for making the arrest, and we see no reason to dispute this conclusion. Thus, the first requirement of a valid search incident to arrest was met in this case.

The second requirement before a strip search incident to arrest may be performed is that the search must be incident to the arrest. What this means is that the search must be related to the reasons for the arrest itself. As expressed by Lamer C.J. in *Caslake, supra*, at para. 17, a search “is only justifiable if the purpose of the search is related to the purpose of the arrest”. In the present case,

lorsqu’elle est effectuée de façon raisonnable et non abusive, peut affliger les personnes détenues : « humiliant », « dégradant », « avilissant », « bouleversant » et « dévastateur » (voir *King*, précité; *R. c. Christopher*, [1994] O.J. No. 3120 (QL) (Div. gén.); J. S. Lyons, Toronto Police Services Board Review, *Search of Persons Policy — The Search of Persons — A Position Paper* (12 avril 1999)). Certains commentateurs vont jusqu’à parler de [TRADUCTION] « viol visuel » pour décrire les fouilles à nu (P. R. Shuldiner, « Visual Rape : A Look at the Dubious Legality of Strip Searches » (1979), 13 *J. Marshall L. Rev.* 273). Les femmes et les minorités en particulier peuvent éprouver une véritable crainte des fouilles à nu et vivre de telles fouilles comme une expérience équivalant à une agression sexuelle (Lyons, *op. cit.*, p. 4). Sur le plan psychologique, les fouilles à nu peuvent être particulièrement traumatisantes pour les personnes qui ont déjà subi des agressions (Commission d’enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston, *La Prison des femmes de Kingston* (1996), p. 93-97). Les fouilles à nu systématiques peuvent aussi constituer une expérience désagréable et difficile pour les agents de police qui les effectuent (Lyons, *op. cit.*, p. 5-6).

Pour qu’une fouille à nu puisse être justifiée comme accessoire à une arrestation, il faut nécessairement, bien sûr, que l’arrestation elle-même soit légale. En l’espèce, il ne fait aucun doute que l’arrestation était légale. Même si l’appelant conteste la légalité de l’arrestation, le juge du procès et la Cour d’appel ont conclu qu’il existait des motifs raisonnables de procéder à l’arrestation et nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion. La première exigence relative à la validité d’une fouille à nu accessoire à une arrestation était donc respectée en l’espèce.

La deuxième exigence à respecter pour qu’une fouille à nu accessoire à une arrestation puisse être effectuée a trait au caractère accessoire de la fouille par rapport à l’arrestation. Cela signifie que la fouille doit avoir un lien avec les motifs de l’arrestation en soi. Ainsi que l’a mentionné le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Caslake*, précité, par. 17, la fouille « ne peut se justifier que si son but est lié à

91

92

the strip search was related to the purpose of the arrest. The arrest was for drug trafficking and the purpose of the search was to discover illegal drugs secreted on the appellant's person. Had the appellant been arrested for a different reason, such as for a traffic violation, the common law would not have conferred on the police the authority to conduct a strip search for drugs, even if the police had knowledge of previous involvement in drug related offences, since the reason for the search would have been unrelated to the purpose of the arrest. In the circumstances of the present case, we conclude that the search was conducted incident to the arrest.

93 The reasonableness of a search for evidence is governed by the need to preserve the evidence and to prevent its disposal by the arrestee. Where arresting officers suspect that evidence may have been secreted on areas of the body that can only be exposed by a strip search, the risk of disposal must be reasonably assessed in the circumstances. For instance, in the present case, it was suggested that the appellant might have dropped the drugs on the sidewalk or in the police cruiser on the way to the station and that it was therefore necessary to search him in the field. As we discuss below, however, the risk of his disposing of the evidence on the way to the police station was low and, had the evidence been dropped in the police cruiser on the way to the station, circumstantial evidence could easily link it back to the accused.

94 In addition to searching for evidence related to the reason for the arrest, the common law also authorizes police to search for weapons as an incident to arrest for the purpose of ensuring the safety of the police, the detainee and other persons. However, a "frisk" or "pat-down" search at the point of arrest will generally suffice for the purposes of determining if the accused has secreted weapons on

celui de l'arrestation ». En l'espèce, la fouille à nu était liée au but de l'arrestation. Il s'agissait d'une arrestation pour trafic de stupéfiants et l'objet de la fouille était de découvrir des drogues illégales cachées sur la personne de l'appelant. Si l'appelant avait été arrêté pour une raison différente, comme une contravention à un règlement de la circulation, la common law n'aurait pas conféré à la police le pouvoir d'effectuer une fouille à nu à la recherche de stupéfiants, même si la police savait que la personne avait déjà perpétré des infractions relatives aux stupéfiants, puisque le motif de la fouille n'aurait pas eu de lien avec le but de l'arrestation. Dans les circonstances de l'espèce, nous concluons que la fouille a été effectuée accessoirement à l'arrestation.

Le caractère raisonnable d'une fouille visant la preuve tient à la nécessité de préserver la preuve et d'empêcher la personne arrêtée de la faire disparaître. Lorsque les agents qui procèdent à l'arrestation soupçonnent que des éléments de preuve peuvent avoir été cachés dans des parties du corps que seule une fouille à nu peut permettre d'examiner, ils doivent évaluer de façon raisonnable le risque de disparition de la preuve dans les circonstances. En l'espèce, par exemple, le ministère public a fait valoir que l'appelant aurait pu laisser tomber les stupéfiants sur le trottoir, ou encore dans la voiture de police lors du trajet à destination du poste de police, et qu'il était donc nécessaire de le soumettre à une fouille sur les lieux. Ainsi que nous le verrons plus loin, le risque que l'appelant fasse disparaître l'élément de preuve lors du trajet à destination du poste de police était faible et, même s'il l'avait laissé tomber dans la voiture de police lors du trajet vers le poste de police, la preuve circonstancielle aurait permis d'établir facilement un lien entre cet élément et l'accusé.

Outre la recherche d'éléments de preuve liés au motif de l'arrestation, la common law autorise aussi la police, lors d'une arrestation, à rechercher des armes afin d'assurer la sécurité de la police, celle de la personne détenue et celle d'autrui. Toutefois, une fouille sommaire ou par palpation sur les lieux de l'arrestation suffit généralement à déterminer si l'accusé a caché des armes sur lui. Ce n'est que si

his person. Only if the frisk search reveals a possible weapon secreted on the detainee's person or if the particular circumstances of the case raise the risk that a weapon is concealed on the detainee's person will a strip search be justified. Whether searching for evidence or for weapons, the mere possibility that an individual may be concealing evidence or weapons upon his person is not sufficient to justify a strip search.

The requirement that the strip search be for evidence related to the grounds for the arrest or for weapons reflects the twin rationales for the common law power of search incident to arrest. Strip searches cannot be carried out as a matter of routine police department policy applicable to all arrestees, whether they are arrested for impaired driving, public drunkenness, shoplifting or trafficking in narcotics. The fact that a strip search is conducted as a matter of routine policy and is carried out in a reasonable manner does not render the search reasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. A strip search will always be unreasonable if it is carried out abusively or for the purpose of humiliating or punishing the arrestee. Yet a "routine" strip search carried out in good faith and without violence will also violate s. 8 where there is no compelling reason for performing a strip search in the circumstances of the arrest.

It may be useful to distinguish between strip searches immediately incidental to arrest, and searches related to safety issues in a custodial setting. We acknowledge the reality that where individuals are going to be entering the prison population, there is a greater need to ensure that they are not concealing weapons or illegal drugs on their persons prior to their entry into the prison environment. However, this is not the situation in the present case. The type of searching that may be appropriate before an individual is integrated into the prison population cannot be used as a means of justifying extensive strip searches on the street or routine strip searches of individuals who are detained briefly by police, such as intoxicated individuals held overnight in police cells:

la fouille sommaire révèle que la personne détenue cache peut-être sur elle une arme ou que les circonstances particulières de l'espèce soulèvent le risque qu'elle ait sur elle une arme cachée qu'une fouille à nu sera justifiée. Qu'il s'agisse de déceler des éléments de preuve ou des armes, la seule possibilité qu'une personne puisse cacher des éléments de preuve ou une arme sur sa personne ne suffit pas en soi à justifier une fouille à nu.

La nécessité que la fouille à nu vise des éléments de preuve liés aux motifs de l'arrestation ou des armes reflète le double fondement du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Il n'est pas loisible en effet de procéder à des fouilles à nu systématiques en vertu d'une politique de la police applicable à toutes les personnes arrêtées, que le motif de leur arrestation soit la conduite avec facultés affaiblies, l'ivresse publique, le vol à l'étalage ou le trafic de stupéfiants. Le fait qu'une fouille à nu soit effectuée dans le cadre d'une politique systématique de la police et qu'elle soit pratiquée de façon raisonnable ne change rien à son caractère abusif au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Une fouille à nu sera toujours abusive si elle est effectuée de façon excessive ou afin d'humilier ou de punir la personne arrêtée. Une fouille à nu « systématique » même effectuée de bonne foi et sans violence contreviendra elle aussi à l'art. 8 s'il n'existe aucune raison impérieuse d'y procéder dans les circonstances de l'arrestation.

Il peut être utile d'établir une distinction entre les fouilles à nu immédiatement accessoires à une arrestation et les fouilles liées à des questions de sécurité dans un cadre de détention. Nous reconnaissons la nécessité réelle et plus grande de s'assurer que les personnes qui entrent dans un établissement carcéral ne cachent pas sur elles des armes ou des drogues illégales. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Le type de fouille qui peut être approprié avant d'introduire une personne dans le milieu carcéral ne peut servir à justifier le recours à des fouilles à nu envahissantes dans la rue ou à des fouilles à nu systématiques sur les personnes qui sont détenues pendant de brèves périodes par la police, telles les personnes en état d'ivresse qui passent la nuit dans les cellules du poste de police :

95

96

R. v. Toulouse, [1994] O.J. No. 2746 (QL) (Prov. Div.).

97

The difference between the prison context and the short term detention context is expressed well by Duncan J. in the recent case of *R. v. Coulter*, [2000] O.J. No. 3452 (QL) (C.J.), at paras. 26-27, which involved a routine strip search carried out incident to an arrest and short term detention in police cells for impaired driving. Duncan J. noted that whereas strip searching could be justified when introducing an individual into the prison population to prevent the individual from bringing contraband or weapons into prison, different considerations arise where the individual is only being held for a short time in police cells and will not be mingling with the general prison population. While we recognize that police officers have legitimate concerns that short term detainees may conceal weapons that they could use to harm themselves or police officers, these concerns must be addressed on a case-by-case basis and cannot justify routine strip searches of all arrestees.

98

The fact that the police have reasonable and probable grounds to carry out an arrest does not confer upon them the automatic authority to carry out a strip search, even where the strip search meets the definition of being “incident to lawful arrest” as discussed above. Rather, additional grounds pertaining to the purpose of the strip search are required. In *Cloutier, supra*, this Court concluded that a common law search incident to arrest does not require additional grounds beyond the reasonable and probable grounds necessary to justify the lawfulness of the arrest itself: *Cloutier, supra*, at pp. 185-86. However, this conclusion was reached in the context of a “frisk” search, which involved a minimal invasion of the detainee’s privacy and personal integrity. In contrast, a strip search is a much more intrusive search and, accordingly, a higher degree of justification is required in order to support the higher degree of interference with individual

R. c. Toulouse, [1994] O.J. No. 2746 (QL) (Div. prov.).

La différence entre le contexte carcéral et celui de la détention à court terme est bien décrite par le juge Duncan dans la récente décision *R. c. Coulter*, [2000] O.J. No. 3452 (QL) (C.J.), par. 26-27, qui portait sur une fouille à nu systématique pratiquée accessoirement à une arrestation et à une détention à court terme dans les cellules du poste de police relativement à une infraction de conduite avec facultés affaiblies. Selon le juge Duncan, si la fouille à nu peut se justifier lorsqu’il s’agit d’introduire une personne en milieu carcéral, et qu’on veut l’empêcher d’apporter sur elle des objets interdits ou des armes, il en est tout autrement de la situation où la personne n’est détenue que pour une courte période dans les cellules du poste de police, sans être mêlée à la population carcérale générale. Si nous reconnaissons que des agents de police peuvent avoir des préoccupations légitimes quant au risque que des détenus à court terme cachent des armes qu’ils pourraient retourner contre eux-mêmes ou employer pour les blesser, il n’en demeure pas moins que ces préoccupations doivent être traitées au cas par cas et qu’elles ne peuvent justifier qu’on procède systématiquement à la fouille à nu de toutes les personnes arrêtées.

Le fait que les agents de police aient des motifs raisonnables de procéder à une arrestation ne leur confère pas automatiquement le pouvoir de procéder à une fouille à nu, même lorsque cette fouille à nu est effectivement « accessoire à une arrestation légale » selon la définition énoncée plus tôt. Il faut au contraire qu’il existe des motifs supplémentaires qui soient liés à l’objet de la fouille à nu. Dans l’arrêt *Cloutier*, précité, notre Cour a conclu qu’une fouille accessoire à une arrestation en common law n’a pas à être justifiée par d’autres motifs que les motifs raisonnables et probables nécessaires pour justifier la légalité de l’arrestation elle-même : *Cloutier*, précité, p. 185-186. Cette conclusion a toutefois été tirée dans le contexte d’une fouille sommaire, qui ne portait qu’une atteinte minimale à la vie privée et à l’intégrité personnelle du détenu. Par contraste, une fouille à nu est beaucoup plus envahissante et, partant, elle commande un degré

freedom and dignity. In order to meet the constitutional standard of reasonableness that will justify a strip search, the police must establish that they have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest.

In light of the serious infringement of privacy and personal dignity that is an inevitable consequence of a strip search, such searches are only constitutionally valid at common law where they are conducted as an incident to a lawful arrest for the purpose of discovering weapons in the detainee's possession or evidence related to the reason for the arrest. In addition, the police must establish reasonable and probable grounds justifying the strip search in addition to reasonable and probable grounds justifying the arrest. Where these preconditions to conducting a strip search incident to arrest are met, it is also necessary that the strip search be conducted in a manner that does not infringe s. 8 of the *Charter*.

Parliament could require that strip searches be authorized by warrants or telewarrants, which would heighten compliance with the *Charter*. At a minimum, if there is no prior judicial authorization for the strip search, several factors should be considered by the authorities in deciding whether, and if so how, to conduct such a procedure.

In this connection, we find the guidelines contained in the English legislation, P.A.C.E. concerning the conduct of strip searches to be in accordance with the constitutional requirements of s. 8 of the *Charter*. The following questions, which draw upon the common law principles as well as the statutory requirements set out in the English legislation, provide a framework for the police in deciding how best to conduct a strip search incident to arrest in compliance with the *Charter*:

1. Can the strip search be conducted at the police station and, if not, why not?

plus élevé de justification pour appuyer l'atteinte plus grave portée à la liberté et à la dignité de la personne. Pour satisfaire à la norme constitutionnelle du caractère raisonnable justifiant la fouille à nu, les agents de police doivent établir qu'ils avaient des motifs raisonnables de conclure qu'une fouille à nu était nécessaire dans les circonstances particulières de l'arrestation.

Eu égard à l'atteinte grave à la vie privée et à la dignité de la personne qui découle inévitablement d'une fouille à nu, les fouilles de cette nature ne sont constitutionnelles en common law que lorsqu'elles sont effectuées accessoirement à une arrestation légale afin de découvrir des armes que la personne détenue a en sa possession ou des éléments de preuve liés au motif de l'arrestation. La police doit aussi établir l'existence de motifs raisonnables qui justifient la fouille à nu en plus des motifs raisonnables qui justifient l'arrestation. Une fois réunies ces conditions préalables à l'exécution d'une fouille à nu accessoire à une arrestation, il faut nécessairement s'assurer que la fouille à nu est effectuée d'une manière qui ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte*.

Le législateur pourrait prescrire l'obtention de mandats ou de télémandats autorisant les fouilles à nu, ce qui renforcerait le respect de la *Charte*. En l'absence d'autorisation judiciaire préalable de la fouille à nu, il faut à tout le moins que les autorités prennent plusieurs facteurs en considération pour décider s'il y a lieu de procéder à un tel exercice et, le cas échéant, de quelle façon.

À cet égard, nous estimons que les lignes directrices relatives aux fouilles à nu énoncées dans les dispositions législatives britanniques de la P.A.C.E. correspondent aux exigences constitutionnelles de l'art. 8 de la *Charte*. Les questions suivantes, qui découlent des principes de la common law tout autant que des exigences énoncées dans les dispositions législatives britanniques, offrent à la police un cadre lui permettant de décider de la meilleure façon de procéder à une fouille à nu dans le respect de la *Charte* :

1. La fouille à nu peut-elle être effectuée au poste de police et, dans la négative, pourquoi?

99

100

101

- | | |
|--|---|
| <p>2. Will the strip search be conducted in a manner that ensures the health and safety of all involved?</p> <p>3. Will the strip search be authorized by a police officer acting in a supervisory capacity?</p> <p>4. Has it been ensured that the police officer(s) carrying out the strip search are of the same gender as the individual being searched?</p> <p>5. Will the number of police officers involved in the search be no more than is reasonably necessary in the circumstances?</p> <p>6. What is the minimum of force necessary to conduct the strip search?</p> <p>7. Will the strip search be carried out in a private area such that no one other than the individuals engaged in the search can observe the search?</p> <p>8. Will the strip search be conducted as quickly as possible and in a way that ensures that the person is not completely undressed at any one time?</p> <p>9. Will the strip search involve only a visual inspection of the arrestee's genital and anal areas without any physical contact?</p> <p>10. If the visual inspection reveals the presence of a weapon or evidence in a body cavity (not including the mouth), will the detainee be given the option of removing the object himself or of having the object removed by a trained medical professional?</p> <p>11. Will a proper record be kept of the reasons for and the manner in which the strip search was conducted?</p> | <p>2. La fouille à nu sera-t-elle effectuée d'une façon qui protège la santé et la sécurité de toutes les personnes en jeu?</p> <p>3. La fouille à nu sera-t-elle autorisée par un agent de police agissant à titre d'officier supérieur?</p> <p>4. A-t-on fait en sorte que le ou les agents de police chargés d'effectuer la fouille à nu soient du même sexe que la personne qui y est soumise?</p> <p>5. Le nombre de policiers chargés de la fouille à nu se limitera-t-il à ce qui est raisonnablement nécessaire dans les circonstances?</p> <p>6. Quelle est la force minimale nécessaire pour effectuer la fouille à nu?</p> <p>7. La fouille à nu sera-t-elle effectuée dans un endroit privé où personne ne pourra l'observer, sauf les personnes chargées d'y procéder?</p> <p>8. La fouille à nu sera-t-elle effectuée de la façon la plus expéditive possible et d'une manière qui fera en sorte que la personne ne soit jamais totalement nue?</p> <p>9. La fouille à nu comportera-t-elle seulement une inspection visuelle des régions génitale et anale de la personne, sans contact physique?</p> <p>10. Si l'inspection visuelle révèle la présence d'une arme ou d'un élément de preuve dans une cavité corporelle (à l'exception de la bouche), la personne détenue aura-t-elle le choix d'enlever elle-même l'objet ou de le faire enlever par un professionnel qualifié des services de santé?</p> <p>11. Un procès-verbal des motifs et des modalités d'exécution de la fouille à nu sera-il dressé?</p> |
|--|---|

102

Strip searches should generally only be conducted at the police station except where there are exigent circumstances requiring that the detainee be searched prior to being transported to the police station. Such exigent circumstances will only be established where the police have reasonable and probable grounds to believe that it is necessary to conduct the search in the field rather than at the police station. Strip searches conducted in the field

Les fouilles à nu ne devraient généralement être effectuées qu'au poste de police, sauf dans des situations d'urgence exigeant que le détenu soit soumis à une fouille avant son transport au poste de police. De telles situations d'urgence ne peuvent être établies que dans les cas où la police a des motifs raisonnables de croire qu'il est nécessaire d'effectuer la fouille sur les lieux plutôt qu'au poste de police. Les fouilles à nu sur les lieux ne peuvent

could only be justified where there is a demonstrated necessity and urgency to search for weapons or objects that could be used to threaten the safety of the accused, the arresting officers or other individuals. The police would also have to show why it would have been unsafe to wait and conduct the strip search at the police station rather than in the field. Strip searches conducted in the field represent a much greater invasion of privacy and pose a greater threat to the detainee's bodily integrity and, for this reason, field strip searches can only be justified in exigent circumstances.

Having said all this, we believe that legislative intervention could be an important addition to the guidance set out in these reasons concerning the conduct of strip searches incident to arrest. Clear legislative prescription as to when and how strip searches should be conducted would be of assistance to the police and to the courts.

(2) If the Common Law Power to Search Incident to Arrest Permits a Strip Search, is the Common Law Unreasonable?

Given our conclusion that the common law does permit a strip search to be conducted as an incident to a lawful arrest, the question is whether the common law is unreasonable in this respect within the meaning of s. 8 of the *Charter*. In our view, as interpreted above, the common law power to search incident to arrest conforms with the constitutional protection against unreasonable search and seizure contained in s. 8 of the *Charter*. The common law rule as delineated above governs the conduct of strip searches incident to arrest and ensures that such searches are only carried out where the police establish reasonable and probable grounds for a strip search for the purpose of discovering weapons or seizing evidence related to the offence for which the detainee was arrested. Furthermore, the factors set out above ensure that when strip searches are carried out as an incident to arrest, they are conducted in a manner that interferes with the privacy

être justifiées que lorsque sont établies la nécessité et l'urgence de trouver des armes ou des objets qui pourraient être utilisés pour menacer la sécurité de l'accusé, celle des agents procédant à l'arrestation ou celle d'autrui. Les agents de police doivent aussi établir pourquoi il aurait été dangereux de reporter la fouille à nu jusqu'à l'arrivée au poste de police plutôt que d'y procéder sur les lieux. Les fouilles à nu effectuées sur les lieux constituent une atteinte beaucoup plus grave à la vie privée et posent une plus grande menace pour l'intégrité physique de la personne détenue; voilà pourquoi les fouilles à nu effectuées sur les lieux ne peuvent être justifiées que dans des situations d'urgence.

Cela dit, nous croyons qu'une intervention législative pourrait apporter un complément important aux lignes directrices sur les fouilles à nu accessoires à une arrestation énoncées dans les présents motifs. Des dispositions législatives prescrivant clairement quand et comment les fouilles à nu devraient être effectuées seraient très utiles à la police comme aux tribunaux.

(2) Si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation permet les fouilles à nu, la common law est-elle abusive?

Vu notre conclusion que la common law permet de procéder à une fouille à nu accessoire à une arrestation légale, il s'agit maintenant de déterminer si la common law est abusive à cet égard au sens de l'art. 8 de la *Charte*. À notre avis, selon l'interprétation donnée plus haut, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation est conforme à la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garantie à l'art. 8 de la *Charte*. La règle de common law décrite plus tôt régit l'exécution des fouilles à nu accessoires à une arrestation et garantit que de telles fouilles ne sont effectuées que lorsque la police établit l'existence de motifs raisonnables justifiant d'y procéder afin de découvrir des armes ou de saisir des éléments de preuve liés à l'infraction pour laquelle le détenu a été arrêté. De plus, les facteurs susmentionnés garantissent que, le cas échéant, les fouilles à nu auxquelles on procède

103

104

and dignity of the person being searched as little as possible. Attention to these issues will also ensure that the proper balance is struck between the privacy interests of the person being searched and the interests of the police and of the public in preserving relevant evidence and ensuring the safety of police officers, detained persons and the public. We conclude therefore that the common law of search incident to arrest, which permits strip searches, does not violate s. 8 of the *Charter*.

(3) Was the Strip Search Conducted in this Case Carried Out in a Reasonable Manner?

105

In light of the constitutional requirements set out above for a valid strip search incident to arrest, we are of the view that the search at issue in this appeal was unreasonable, and violated the appellant's rights guaranteed under s. 8 of the *Charter*. In this respect, it is critical to underscore that where the reasonableness of a strip search is challenged, it is the Crown that bears the onus of proving its legality. It thus must convince the court on a balance of probabilities that either (1) reasonable and probable grounds, as well as exigent circumstances existed, and therefore, a strip search "in the field" was warranted and was conducted in a reasonable manner; or (2) that reasonable grounds existed, that the strip search was carried out at a police station, and conducted in a reasonable manner. Because strip searches are of such an invasive character, they must be considered *prima facie* unreasonable. It is up to the state to rebut this presumption because it is in the best position to know and explain why the search took place, and why it was conducted in the manner and circumstances that it did. This onus rests upon the Crown in any case involving a strip search, as defined in these reasons.

106

In the present case, the Crown sought to distinguish the first part of the search in the stairwell from the subsequent efforts to seize the plastic wrap from the appellant's buttocks after he was brought back

accessoirement à une arrestation sont effectuées d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit à la vie privée et à la dignité de la personne qui y est soumise. L'attention portée à ces questions permettra d'atteindre un juste équilibre entre le droit à la vie privée de la personne soumise à la fouille et les intérêts qu'ont la police et le public à ce que les preuves pertinentes soient conservées et que soit assurée la sécurité des agents de police, des personnes détenues et du public. Nous concluons donc que la common law en matière de fouilles accessoires à une arrestation, qui permet la fouille à nu, ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte*.

(3) La fouille à nu pratiquée en l'espèce a-t-elle été effectuée d'une manière raisonnable?

À la lumière des exigences constitutionnelles susmentionnées relatives à la validité des fouilles à nu accessoires à une arrestation, nous sommes d'avis que la fouille en cause dans le pourvoi était abusive et qu'elle a porté atteinte aux droits de l'appelant garantis par l'art. 8 de la *Charte*. À cet égard, il importe de souligner que lorsque le caractère raisonnable d'une fouille à nu est attaqué, c'est au ministère public qu'incombe le fardeau d'en établir la légalité. Il doit convaincre la cour selon la prépondérance des probabilités (1) soit qu'il existait des motifs raisonnables et une situation d'urgence justifiant une fouille à nu sur les lieux et que cette fouille a été effectuée d'une manière raisonnable, (2) soit qu'il existait des motifs raisonnables et que la fouille à nu a été effectuée dans un poste de police, d'une manière raisonnable. Étant donné le caractère très envahissant des fouilles à nu, elles doivent être considérées comme abusives à première vue. C'est à l'État qu'il incombe de réfuter cette présomption car c'est lui qui est le mieux placé pour savoir et expliquer pourquoi la fouille a eu lieu et pourquoi elle s'est déroulée de la manière et dans les circonstances reprochées. Ce fardeau incombe au ministère public dans toute affaire impliquant une fouille à nu au sens des présents motifs.

En l'espèce, le ministère public tente d'établir une distinction entre la première partie de la fouille dans la cage d'escalier et les efforts déployés par la suite pour saisir l'emballage de

into the Subway shop. We are unwilling to accept such a distinction. The search in the stairwell, whereupon the police pulled back the appellant's pants and underwear in order to visually examine his buttock area, cannot be looked at in isolation. Rather, it must be assessed within the complete context of the events that took place after the appellant's arrest. According to the definition adopted in these reasons, the first part of the search in the stairwell was a strip search, although it was clearly of a less intrusive character than the subsequent search in the restaurant. This visual inspection of the appellant's buttocks, in and of itself, interfered with his privacy, dignity, and integrity. The Crown's burden of proof in regard to this first part of the search is thus the same as that required to justify the subsequent search and seizure that took place in the shop. However, as discussed above, the more intrusive the search, the greater will be the degree of justification required and the greater the constraints as to the way it may be conducted.

In this appeal, the Crown has failed to prove that the strip search of the appellant was carried out in a reasonable manner. More specifically, the evidence adduced at trial fell far short of establishing that a situation of exigency existed so as to warrant a strip search outside of the police station. The Crown asserted that this search was necessitated by Constable Ryan's observance of the appellant crushing what appeared to be crack cocaine between his fingers just after his arrest. In addition, this officer testified that he had made at least 12 narcotics-related arrests in his experience as a police officer, in which he discovered cocaine secreted by arrested persons in their buttocks or groin area. The Crown argued that these circumstances gave rise to reasonable and probable grounds for believing that the appellant was concealing evidence on his person. Further, it was submitted that exigency arose from the risk that this evidence might be lost or destroyed if police waited to conduct the

plastique coincé entre les fesses de l'appelant après son retour dans le restaurant Subway. Nous ne sommes pas disposés à retenir une telle distinction. La fouille effectuée dans l'escalier, lorsque le policier a tiré vers l'arrière le pantalon et le caleçon long de l'appelant afin de lui examiner visuellement les fesses, ne peut être considérée isolément. Elle doit plutôt être appréciée dans le contexte global des événements qui ont eu lieu après l'arrestation de l'appelant. Selon la définition adoptée dans les présents motifs, la première partie de la fouille dans l'escalier constituait une fouille à nu, même si elle avait clairement un caractère moins envahissant que la fouille subséquente dans le restaurant. Cette inspection visuelle des fesses de l'appelant a porté atteinte, en soi, à son droit à la vie privée, à sa dignité et à son intégrité. Le fardeau du ministère public à l'égard de la première partie de la fouille est donc le même que celui qui est exigé pour justifier la fouille et la saisie qui ont eu lieu par la suite dans l'établissement. Toutefois, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, plus la fouille est envahissante, plus le degré de justification nécessaire est élevé et plus les contraintes quant aux modalités d'exécution de la fouille sont lourdes.

Dans le présent pourvoi, le ministère public n'a pas réussi à prouver que la fouille à nu de l'appelant avait été effectuée d'une manière raisonnable. Plus précisément, la preuve produite au procès n'a absolument pas réussi à établir l'existence d'une situation d'urgence justifiant qu'une fouille à nu soit effectuée à l'extérieur du poste de police. Le ministère public a fait valoir que cette fouille était nécessaire du fait que l'agent Ryan avait observé l'appelant en train d'écraser entre ses doigts ce qui semblait être du crack, immédiatement après son arrestation. Cet agent a en outre témoigné avoir effectué, dans sa carrière de policier, au moins 12 arrestations liées au trafic de stupéfiants dans lesquelles il a découvert de la cocaïne cachée dans la région des fesses ou de l'aîne des personnes arrêtées. Le ministère public a fait valoir que ces circonstances ont engendré des motifs raisonnables de croire que l'appelant cachait des éléments de preuve sur lui. Il a de plus prétendu qu'il y avait urgence d'agir du fait que cette preuve risquait

strip search until the appellant was transported to a police station.

108

We find these submissions unpersuasive for the following reasons. First, Constable Theriault, the officer stationed at the observation post, testified that 51 Division police station was located on the corner of Dundas and Regent streets, a two-minute drive away from the shop where the strip search of the appellant took place. This fact alleviated any sense of exigency in this case. In our view, it seems highly improbable that the appellant, who was handcuffed, could have somehow surreptitiously ridded himself of the evidence concealed on his person during the very brief time it would have taken police to relocate him to 51 Division. Had he succeeded in dropping the evidence on the sidewalk or in the police cruiser, it is difficult to conceive that he would have been able to do so unobserved, given the number of officers involved in his arrest. Furthermore, the circumstances surrounding the discovery of any drugs dropped close to the appellant would have provided strong circumstantial evidence of the appellant's connection to the evidence. As such, we conclude that this case was not one involving an urgent and necessary need to conduct a strip search "in the field" for the purpose of preserving evidence.

109

The trial judge made no findings as to whether there were reasonable and probable grounds to conduct a strip search; he relied on the grounds for the arrest. As mentioned, Constable Ryan testified that in his experience, he had made at least a dozen drug arrests in which an arrested individual was concealing evidence in his private areas. At the same time, this officer also testified on cross-examination that he had arrested well over 200 persons dealing in crack cocaine. If these individuals were all strip searched, which is not evident in the record, he admitted to having found evidence hidden in an individual's private parts in merely five percent of drug arrests. If only a few of these individuals were strip searched, it raises the question: which ones and why? Constable Ryan thus knew that the chances of discovering

d'être perdue ou détruite si la police reportait la fouille à nu de l'appellant à son arrivée au poste de police.

Selon nous, ces prétentions ne sont pas convaincantes pour les raisons suivantes. D'abord, l'agent Theriault, qui était affecté au poste d'observation, a témoigné que le poste de police 51 se trouvait au coin des rues Dundas et Regent, c'est-à-dire à une distance de deux minutes en automobile du restaurant où a eu lieu la fouille à nu de l'appellant. Ce fait devait apaiser tout sentiment d'urgence en l'espèce. À notre avis, il semble très peu probable que l'appellant, à qui on avait mis les menottes, ait pu se débarrasser subrepticement des éléments de preuve cachés sur lui pendant le très court déplacement vers le poste 51. S'il avait réussi à laisser tomber l'élément de preuve sur le trottoir ou dans la voiture de police, il est difficile de concevoir qu'il aurait pu le faire sans que personne ne le remarque, étant donné le nombre d'agents qui participaient à son arrestation. De plus, les circonstances entourant la découverte de toute drogue échappée à proximité de l'appellant auraient constitué une forte preuve circonstancielle du lien de l'appellant avec la preuve. Nous concluons donc qu'il n'existait pas en l'espèce de besoin urgent et impérieux d'effectuer une fouille à nu « sur les lieux » afin de préserver la preuve.

Le juge du procès n'a fait aucune constatation quant à l'existence de motifs raisonnables de procéder à une fouille à nu; il s'est fondé sur les motifs de l'arrestation. Ainsi qu'il a été mentionné plus haut, l'agent Ryan a témoigné avoir arrêté, dans sa carrière de policier, au moins une douzaine de personnes liées au trafic de stupéfiants qui cachaient des éléments de preuve dans leurs parties intimes. Cet agent a par ailleurs déclaré, en contre-interrogatoire, avoir arrêté plus de 200 personnes qui s'adonnaient au trafic du crack. Si toutes ces personnes ont été soumises à des fouilles à nu, ce qui ne ressort pas du dossier, il a admis avoir trouvé des éléments de preuve cachés dans les parties intimes des prévenus dans seulement 5 pour 100 des arrestations pour trafic de stupéfiants. Si seulement quelques-unes de ces personnes ont été fouillées à nu, on peut se

evidence as a result of strip searching the appellant were quite slim.

Other than Constable Ryan's personal experience, the arresting officers had no reasonable and probable basis for conducting the strip search in the restaurant. No information was given to them by Constable Theriault that the appellant had reached into his pants to remove any substances, nor had they ever witnessed such conduct themselves. There was no bulging or protrusion in the appellant's buttock area to suggest that he was concealing evidence. In the result, the decision to strip search was premised largely on a single officer's hunch, arising from a handful of personal experiences. These circumstances, coupled with the absence of exigency discussed above, compel us to conclude that the police officers' decision to strip search the appellant in the restaurant was unreasonable.

Having so concluded, we should note, however, that there was some evidence suggesting the possibility of concealment of narcotics. The appellant was arrested for trafficking after police observed him engage in two transactions involving what they believed was a narcotic substance. Further, the arresting officers found what they thought was crack cocaine under the table where another suspect was arrested. Constable Ryan also observed the appellant crushing a substance that looked like crack cocaine between his fingers during the arrest. Finally, Constable Ryan did have some experience, albeit in relatively few cases, with drug arrests involving suspects who secreted evidence in their groin or buttock areas.

Taken together, these circumstances would have been sufficient to create reasonable and probable grounds to conduct a strip search of the appellant at the police station. However, by deciding to carry out the strip search in a public restaurant rather than the nearby station house, without appropriate safeguards in place, the police failed to meet a

demander lesquelles et pourquoi? L'agent Ryan savait donc que les chances de trouver des preuves par suite de la fouille à nu de l'appelant étaient assez minces.

Hormis l'expérience personnelle de l'agent Ryan, les agents chargés de l'arrestation n'avaient aucun motif raisonnable de procéder à la fouille à nu dans le restaurant. L'agent Theriault ne leur avait donné aucune indication selon laquelle l'appelant avait porté la main à son pantalon pour en retirer des substances, et ils n'avaient eux-mêmes rien vu de tel. L'appelant ne présentait dans la région des fesses ni renflement ni protubérance susceptible de laisser croire qu'il cachait un élément de preuve. Par conséquent, la décision de procéder à la fouille à nu était fondée en grande partie sur le simple pressentiment d'un seul agent, issu d'une poignée d'expériences personnelles. Force nous est de conclure, à partir de ces circonstances et de l'absence d'urgence susmentionnée, que la décision prise par les agents de police de soumettre l'appelant à une fouille à nu dans le restaurant était abusive.

Arrivés à cette conclusion, il nous faut toutefois noter l'existence de certains éléments de preuve selon lesquels il était possible que l'appelant cache des stupéfiants. L'appelant a été arrêté pour trafic après que les policiers l'eurent observé en train d'effectuer deux opérations impliquant ce qui leur semblait être des stupéfiants. De plus, les agents chargés de l'arrestation ont trouvé ce qu'ils croyaient être du crack sous la table où un autre suspect a été arrêté. L'agent Ryan a aussi vu l'appelant écraser entre ses doigts une substance qui semblait être du crack, au cours de l'arrestation. Enfin, l'agent Ryan avait déjà arrêté, bien que dans un nombre relativement peu élevé de cas, des suspects qui cachaient des éléments de preuve sur eux, dans la région de l'aîne ou des fesses.

Considérées ensemble, ces circonstances auraient été suffisantes pour donner naissance à des motifs raisonnables de soumettre l'appelant à une fouille à nu au poste de police. Toutefois, en décidant de procéder à la fouille à nu dans un restaurant public plutôt qu'au poste de police situé tout près, sans prendre les mesures de protection appropriées,

110

111

112

condition essential to the validity of such an intrusive, warrantless search. There were no reasonable and probable grounds to believe that this strip search had to be conducted with such urgency.

113 In addition, the manner in which the strip search was conducted in the restaurant did not comply with the requirements of reasonableness contained in s. 8 of the *Charter*. The appellant was not given the opportunity to remove his own clothing, a measure that might have reduced the sense of panic he clearly experienced. Rather, Constable Ryan pulled back the appellant's pants and underwear during the initial part of the search in the stairwell. He and Constable Powell then lowered the appellant's pants and underwear after the appellant was brought back into the main area of the restaurant. Also, the strip search was conducted without notice to, or authorization from, a senior officer. The decision to search the appellant was made unilaterally by the arresting officers, in particular, by Constable Ryan. Finally, the search was carried out in a manner that may have jeopardized the appellant's health and safety.

114 Where the circumstances of a search require the seizure of material located in or near a body cavity, the individual being searched should be given the opportunity to remove the material himself or the advice and assistance of a trained medical professional should be sought to ensure that the material can be safely removed. In this case, the plastic wrap was located between the appellant's buttocks. The police had no way of knowing whether it was physically lodged inside him in such a way that it could not be safely retrieved without medical intervention. Nevertheless, the arresting officers undertook to remove the package themselves, through physical coercion and forceful probing and tugging at the package, and by instructing the appellant to "let it out" and to "relax". The risk this presented to the appellant's health was made more acute by the fact that after the appellant accidentally defecated, Constable Powell retrieved a pair of rubber gloves that had been used for cleaning the shop's washrooms and toilets to continue in his attempts at dislodg-

la police n'a pas respecté une condition essentielle de la validité d'une fouille aussi envahissante, effectuée sans mandat. Il n'existait pas de motif raisonnable de croire que cette fouille à nu devait être effectuée de façon aussi urgente.

De plus, la manière dont la fouille à nu a été effectuée dans le restaurant ne respectait pas les exigences relatives au caractère raisonnable fixées par l'art. 8 de la *Charte*. Les agents n'ont pas donné à l'appelant le choix de retirer lui-même ses vêtements, mesure qui aurait pu réduire la panique qui s'est nettement emparée de lui. L'agent Ryan a plutôt tiré vers l'arrière le pantalon et le caleçon long de l'appelant pendant la première partie de la fouille dans l'escalier. L'agent Powell et lui ont ensuite baissé le pantalon et le caleçon de l'appelant après l'avoir ramené dans la partie principale du restaurant. De plus, les agents ont procédé à la fouille à nu sans aviser un officier supérieur ni lui demander son autorisation. La décision de fouiller l'appelant a été prise unilatéralement par les agents chargés de l'arrestation, en particulier par l'agent Ryan. Enfin, la fouille a été effectuée d'une manière qui aurait pu mettre en danger la santé et la sécurité de l'appelant.

Lorsque les circonstances d'une fouille nécessitent la saisie d'objets situés à l'intérieur ou à proximité d'une cavité corporelle, il faut donner à la personne soumise à la fouille l'occasion de retirer elle-même l'objet ou demander l'avis et l'aide d'un professionnel qualifié des services de santé pour faire en sorte que l'objet soit retiré en toute sécurité. En l'espèce, l'emballage de plastique se trouvait entre les fesses de l'appelant. Les agents de police ne pouvaient absolument pas savoir s'il avait été introduit à l'intérieur de son corps, de façon à pouvoir être retiré en toute sûreté sans intervention médicale. Les agents qui ont procédé à l'arrestation ont néanmoins entrepris de retirer le sachet eux-mêmes, par la contrainte physique et d'énergiques manœuvres d'exploration et de traction, tout en incitant l'appelant à [TRADUCTION] « lâcher ça » et à « se détendre ». Le risque pour la santé de l'appelant était exacerbé par le fait qu'après la défécation accidentelle de l'appelant, l'agent Powell est allé chercher une paire de gants en caoutchouc servant

ing the package. The entire episode created as well unsanitary conditions in a public restaurant, which would have been avoided had the search been conducted in a less precipitous manner.

The relevance of the appellant's resistance to the search also merits comment. At the *voir dire* hearing, McNeely J. held that had the appellant "relaxed and not attempted to retain the substance", the search would have been shorter and less intrusive. The respondent endorsed McNeely J.'s reasoning, relying on the British Columbia Court of Appeal's decision in *R. v. Garcia-Guiterrez* (1991), 5 C.R. (4th) 1. In that case, police observed the accused reach into his mouth, remove something and give it to another person, who gave the accused money in return. After arresting the accused for possession of cocaine for the purpose of trafficking, an officer grabbed his throat to prevent him from swallowing and breathing, and instructed him to open his mouth. The accused refused and a second officer punched him in the stomach. A majority of the Court of Appeal held that the search was reasonable, as it was found necessary to preserve the evidence. In this regard, Macdonald J.A. held (at para. 17) that the accused was "in complete control" of the violence inflicted upon him, since, had he simply opened his mouth, the police would have ceased applying physical force.

We particularly disagree with the suggestion that an arrested person's non-cooperation and resistance necessarily entitles police to engage in behaviour that disregards or compromises his or her physical and psychological integrity and safety. If the general approach articulated in this case is not followed, such that the search is unreasonable, there is no requirement that anyone cooperate with the violation of his or her *Charter* rights. Any application of force or violence must be both necessary and proportional in the specific circumstances. In this case, the appellant's refusal to relinquish the evidence does not justify or mitigate the fact that he was strip searched in a public place, and in a manner

au nettoyage des toilettes et cabinets du restaurant et les a utilisés pour poursuivre ses tentatives de retrait du sachet. Toutes ces manœuvres ont en outre créé une situation antihygiénique dans un restaurant public, ce qui aurait pu être évité si la fouille avait été effectuée d'une façon moins précipitée.

La pertinence de la résistance de l'appelant à la fouille mérite aussi un commentaire. Lors du *voir dire*, le juge McNeely a précisé que si l'appelant [TRADUCTION] « s'était détendu au lieu de tenter de retenir la substance », la fouille aurait été plus courte et moins envahissante. L'intimée a souscrit au raisonnement du juge McNeely, en se fondant sur l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. c. Garcia-Guiterrez* (1991), 5 C.R. (4th) 1. Dans cette affaire, la police avait vu l'accusé porter la main à la bouche, en retirer quelque chose et remettre cette chose à une autre personne, en échange d'une somme d'argent. Après avoir arrêté l'accusé pour possession de cocaïne à des fins de trafic, un agent l'a pris à la gorge afin de l'empêcher d'avaler et de respirer, tout en lui intimant d'ouvrir la bouche. L'accusé ayant refusé d'obtempérer, un deuxième agent lui a donné un coup de poing au ventre. La Cour d'appel à la majorité a conclu que la fouille était raisonnable et non abusive, puisqu'elle était nécessaire pour préserver la preuve. À cet égard, le juge Macdonald a conclu (au par. 17) que l'accusé avait la [TRADUCTION] « pleine maîtrise » de la violence qui lui a été infligée puisqu'il lui aurait suffi d'ouvrir la bouche pour que la police cesse d'user de force physique à son endroit.

Nous sommes particulièrement en désaccord avec l'opinion selon laquelle l'absence de coopération et la résistance de la personne arrêtée autorisent la police à recourir à un comportement qui ne respecte pas ou compromet l'intégrité physique et psychologique et la sécurité de cette personne. Lorsqu'une fouille est abusive, en raison d'une dérogation à l'approche générale énoncée en l'espèce, nul n'est tenu de coopérer à la violation des droits que lui garantit la *Charte*. Tout recours à la force ou à la violence doit être à la fois nécessaire et proportionné dans les circonstances particulières de l'affaire. En l'espèce, le refus de l'appelant de lâcher la preuve ne justifie ni n'atténue le fait qu'il

115

116

that showed considerable disregard for his dignity and his physical integrity, despite the absence of reasonable and probable grounds or exigent circumstances.

117 In light of the foregoing reasons, we conclude that the manner in which the strip search in this case was conducted was unreasonable. It therefore amounted to a breach of the appellant's constitutional guarantees under s. 8 of the *Charter*.

C. *If the strip search of the appellant violated Section 8 of the Charter, would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute under Section 24(2) of the Charter?*

118 As the appellant has already served his 14-month sentence in full, and because the courts below did not engage in a s. 24(2) analysis, we believe it is neither necessary nor useful for this Court to determine whether the evidence deriving from the illegal strip search should have been excluded at trial, and if so, whether a new trial should be ordered. In these circumstances, examining and ruling on s. 24(2) of the *Charter* would be a mere theoretical exercise.

119 In preference to this analysis, our disposition rests on the premise that the courts below erred in finding the strip search of the appellant reasonable in the circumstances and consistent with s. 8 of the *Charter* and consequently erred in allowing the impugned evidence to be admitted. These errors provide a sufficient basis for our conclusion that this appeal must be allowed; in light of all the circumstances mentioned above, we conclude that an acquittal is the proper result.

VII. Disposition

120 For all of the foregoing reasons, the appeal is allowed, and the judgment of the Ontario Court of Appeal is set aside. The appellant's conviction is thus overturned and an acquittal is entered.

a été fouillé à nu dans un endroit public et dans l'irrespect flagrant de sa dignité et de son intégrité physique, malgré l'absence de motifs raisonnables ou d'une situation d'urgence.

Vu les motifs qui précèdent, nous concluons que la manière dont la fouille à nu a été effectuée en l'espèce était abusive. Il y a donc eu atteinte aux droits constitutionnels garantis par l'art. 8 de la *Charte*.

C. *Si la fouille à nu de l'appelant contrevenait à l'art. 8 de la Charte, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la Charte?*

Puisque l'appelant a déjà purgé en totalité sa peine de 14 mois et que les juridictions inférieures n'ont pas procédé à une analyse en vertu du par. 24(2), nous croyons qu'il n'est ni nécessaire ni utile que notre Cour détermine si la preuve découlant de la fouille à nu illégale aurait dû être écartée lors du procès et s'il y a lieu, le cas échéant, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Dans les circonstances de l'espèce, se pencher et statuer sur l'application du par. 24(2) de la *Charte* serait un exercice purement théorique.

Plutôt que de se fonder sur une telle analyse, notre conclusion repose sur la prémisse que les juridictions inférieures ont commis une erreur en jugeant que la fouille à nu de l'appelant n'était pas abusive dans les circonstances et qu'elle était conforme à l'art. 8 de la *Charte*, d'où l'erreur qu'ils ont commise en permettant la production de la preuve attaquée. Ces erreurs suffisent à fonder notre conclusion qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi; à la lumière de toutes les circonstances susmentionnées, nous concluons que l'acquittement est la réparation qui s'impose.

VII. Dispositif

Pour tous les motifs susmentionnés, le pourvoi est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario est infirmé. Par conséquent, la déclaration de culpabilité de l'appelant est annulée et remplacée par un verdict d'acquittement.

Appeal allowed, McLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky Lockyer, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto: The Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Solicitor for the intervener the African Canadian Legal Clinic: The African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Pourvoi accueilli, le juge en chef McLACHLIN et les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et BASTARACHE dissidents.

Procureurs de l'appelant : Pinkofsky Lockyer, Toronto.

Procureur de l'intimée : Le procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.

Procureur de l'intervenante African Canadian Legal Clinic : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.